

Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios y las conductas de administración desleal (1)

TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS

Profesora Titular de Derecho Penal UAH

I

El nuevo Código Penal de 1995 (2) consagra por primera vez en nuestro Ordenamiento, dentro del título XIII: «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», un capítulo XIII, dedicado a los delitos societarios, respondiendo así a una vieja reivindicación, tanto doctrinal como jurisprudencial, que reclamaba la necesidad de una intervención penal en el ámbito de las sociedades mercantiles, especialmente frente a las infidelidades y abusos de poder llevados a cabo por sus administradores, poniendo de relieve la insuficiencia de la legislación vigente y la falta de preparación de los Tribunales de Justicia para hacer frente a estos problemas. Ante esa exigencia, los sucesivos Proyectos y Anteproyectos de Código Penal recogieron en su articulado una regulación específica de los denominados delitos financieros o societarios, habiendo sido probablemente el tema de la delincuencia económica en general y de los delitos societarios muy especialmente uno de los principales puntos débiles

(1) El presente trabajo se enmarca en una investigación más amplia acerca de la responsabilidad penal del administrador desleal, que se publicará próximamente con el título «La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios», monografía a la que remito al lector para una exposición más detallada de muchos de los problemas que aquí se abordan.

(2) Ley Orgánica del Código Penal, aprobada por el Congreso de los Diputados el día 8 de noviembre de 1995 (BOC, Congreso 15 de noviembre de 1995) y publicado en el BOE de 24 de noviembre de 1995. En adelante NCP 1995.

de la reforma penal y una de las claves del fracaso de los sucesivos intentos, hasta su definitiva consagración en el NCP 1995.

En dicho capítulo se contemplan una serie de conductas heterogéneas, llevadas a cabo normalmente por los administradores societarios (en algunos casos también por los socios), abusando de su posición de poder, en perjuicio de los intereses de la sociedad, los socios o terceros. Así, se tipifica el falseamiento de las cuentas anuales u otros documentos contables de la sociedad (art. 290); la imposición de acuerdos abusivos prevaleciendo de la posición mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración, en perjuicio de los demás socios y sin que reporten beneficios a la sociedad (art. 291); la imposición de acuerdos lesivos para la sociedad o algunos de los socios, adoptados por mayorías ficticias (art. 292); la lesión de los derechos de participación de los socios, impidiendo ilegalmente el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión, control de la actividad social o suscripción preferente de acciones –que, básicamente, se corresponden con los derechos reconocidos por el art. 48 LSA– (art. 293); la nueva figura de obstaculización de la inspección o supervisión administrativa (art. 294) y la administración o gestión desleal, prevista en el artículo 295.

De entre ese amplio abanico de figuras típicas voy a ocuparme especialmente de las conductas de administración desleal de un patrimonio ajeno (con carácter general y no sólo en el ámbito societario, aunque se tengan en cuenta las peculiaridades que éste plantea), tratando de averiguar en qué medida las mismas se pueden incluir en los tipos patrimoniales tradicionales (estafa, apropiación indebida...) y en las falsedades documentales, si tal regulación resultaba suficiente o existían lagunas de punición y cómo deben cubrirse de forma que no planteen duplicidades ni problemas concursales irresolubles. Pues una de las críticas más frecuentes a las propuestas de reforma penal en esta materia –y que se le hará a la regulación del NCP– es que con los denominados delitos societarios se castigan conductas ya punibles a través de los tradicionales delitos patrimoniales, creando tipos demagógicos o meramente simbólicos. Desde luego, se prestará una especial atención a la solución dada al problema en el ámbito societario por el NCP 1995.

II

Voy a ocuparme, por tanto, del tratamiento jurídico penal que debe darse a los abusos de poder y a la violación de los deberes de lealtad en la gestión de intereses patrimoniales ajenos, especialmente en cuanto a los órganos de administración de las sociedades mercantiles, pero sin olvidar que el fenómeno existe también fuera del ámbito societario.

Como punto de partida del análisis, propongo la reflexión sobre una serie de casos de la realidad económica cercana que podrían englobarse bajo la rúbrica de gestión o administración desleal.

Por lo que se refiere a las sociedades mercantiles:

1.^o Uno de los supuestos más frecuentes referido a la actividad bancaria es el de la concesión por los administradores de créditos sin garantías o con garantías insuficientes, que luego resultan impagados y se renuevan periódicamente. En muchos casos, esos créditos son concedidos por los administradores a sí mismos, a sus testaferros o a sociedades interpuestas en las que tienen participación y utilizados para adquirir el paquete accionario de control del banco o financiar operaciones especulativas de alto riesgo de las sociedades del grupo de control.

2.^o También es frecuente la utilización de la firma social para garantizar obligaciones personales de los administradores, sometiendo a la sociedad a un riesgo anormal, sin contrapartida alguna.

3.^o O la contratación en nombre de la sociedad de servicios o suministros con una contraprestación excesiva, normalmente a cambio de una comisión para el representante de la sociedad.

4.^o La aceptación de letras sin causa o pago de facturas por la prestación de servicios o la realización de actividades inexistentes, que encubren en realidad, por ejemplo, donaciones a partidos políticos o a sociedades controladas por los propios administradores.

5.^o La venta a la sociedad de inmuebles o de activos mobiliarios sobrevalorados, pertenecientes a los administradores o a sociedades controladas por ellos, en muchos casos para cancelar créditos que tenían con la propia sociedad.

6.^o Otro supuesto muy frecuente es el de la compra de inmuebles por alguno de los administradores o por sociedades controladas por ellos, que se arriendan a la sociedad, corriendo por su cuenta la realización de obras de rehabilitación o adaptación para, una vez que el inmueble está revalorizado, ser vendido a la sociedad por un precio muy superior a aquel por el que se compró.

7.^o También resulta de gran actualidad la cuestión de las cantidades anticipadas a cuenta en la construcción de viviendas que finalmente no llegan a construirse. Y no me refiero tanto a los grandes fraudes inmobiliarios, fácilmente calificables como estafa, sino a los supuestos en que sin existir un engaño inicial ni ánimo de apropiación, la mala gestión de los fondos —especialmente en casos de cooperativas de viviendas— da lugar a suspensiones de pagos o quiebras que imposibilitan la construcción de las mismas.

8.^o Por último, podría plantearse con carácter general el problema de la dejación de funciones y la actuación irregular o negligente de los administradores en el ejercicio de sus funciones y en la vigilancia y control de sus subordinados, de la que se derivan deficiencias en la gestión e irregularidades en la actuación de las personas sobre las que debería haberse ejercido dicho control.

Muchas de estas operaciones se disfrazan mediante la constitución de cajas negras, la llevanza de una doble contabilidad, falsificaciones de

documentos y, en muchos casos, del falseamiento del balance y de la cuenta de resultados, con el fin de ocultar a los socios y a los órganos de control, en su caso (al Banco de España, por ejemplo, en los supuestos de entidades bancarias), las operaciones irregulares y la situación real de la sociedad.

Fuera del ámbito societario también pueden proponerse numerosos ejemplos de administración o gestión desleal por parte de quienes tienen confiados los intereses patrimoniales de otro y han de velar por ellos. Así, entre otros, los siguientes: los padres respecto del patrimonio de los hijos o el tutor o curador respecto del patrimonio del tutelado o sometido a curatela, que realizan inversiones muy arriesgadas, transformando valores patrimoniales seguros en otros inseguros; el asesor financiero o fiscal que ejerce deslealmente sus funciones, recomendando inversiones arriesgadas, porque recibe una comisión a cambio; el administrador concursal que incumple sus obligaciones, frente a los deudores y al concurso de acreedores; o el albacea testamentario, que omite sus deberes de vigilancia en la ejecución de lo ordenado en el testamento y en la toma de precauciones en la conservación y custodia de los bienes del causante; el administrador de una finca frente a los propietarios, cuando el primero contrata servicios de limpieza o mantenimiento a un precio superior al que podría haber conseguido, a cambio de comisiones que recibe de la empresa concesionaria.

III

¿Cuál es la respuesta que ofrece el Derecho Penal español ante este tipo de conductas?

En el Código Penal anterior (1944-1977) no existía un delito de administración desleal o infidelidad patrimonial, ni con carácter general, ni en el ámbito societario. Tanto la doctrina como la jurisprudencia habían venido denunciando esta laguna de punición, hablándose incluso de «vacío normativo», y exigiendo una reforma legislativa que lo colme (3). No obs-

(3) Cfr., entre los pronunciamientos doctrinales, ya RODRÍGUEZ SASTRE, *El delito financiero*, 1934, 85: «se precisan nuevas leyes adaptadas a la hora que vivimos». HEREDERO, *Los delitos financieros en la Jurisprudencia española*, 1969, *passim*, en su exhaustivo análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, vuelve a poner de relieve el vacío normativo existente en esta materia y la urgencia de una reforma legislativa, señalando que los esfuerzos de la jurisprudencia por cubrir las lagunas legales con los tipos existentes (estafas, apropiaciones indebidas, falsedades) chocan con la falta de tipificación legal de muchas de estas conductas. En este sentido concluye: «La jurisprudencia se encuentra, por tanto, ante unos hechos que la voluntad de la ley, a la que ha de prestar acatamiento con rigor dramático, ha excluido expresamente del cuadro de las incriminaciones» (p. 136). En la misma línea, DEL ROSAL, *Derecho Penal de sociedades anónimas*, I, 1971, 265; DE LA OLIVA GARCÍA, «Sobre el llamado delito financiero. Notas a una sentencia del Tribunal Supremo», *RFDUCM*, 43, 1972, 35 ss.;

tante, frente a la idea, ampliamente extendida, de que el Derecho Penal se encontraba inerte ante las mismas, lo cierto es que existían una serie de tipos entre las falsedades y los delitos patrimoniales, en los que podían y pueden encajar en buena medida.

a) *Las falsedades documentales.*—Como hemos puesto de relieve anteriormente, es bastante frecuente, sobre todo en las conductas de los administradores de sociedades mercantiles, que se traten de ocultar ciertas operaciones a los socios o a los órganos de control intra o extrasocietarios a través de la llevanza de doble contabilidad, la constitución de cajas negras, falseamientos contables o de otro tipo de documentos.

STAMPA/BACIGALUPO, «La reforma del Derecho Penal económico español», en *El Proyecto de Código Penal*, Separata de la RJCat, 1980, 155: «la protección de los titulares del patrimonio frente a los administradores infieles está reclamando una mejor regulación de la defraudación y de la administración fraudulenta»; RODRÍGUEZ MOURULLO, «Los delitos económicos en el Proyecto de Código Penal español», *ADPCP*, 1981, 708, 713; «Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios», *ADPCP*, 1984, 682 ss.; «Aspectos penales de las crisis bancarias», en VV. AA., *Aspectos jurídicos de las crisis bancarias*, 1988, 288 ss.; TERRADILLOS, *Delitos societarios*, 1987, 17 ss., 41 ss.; *Derecho Penal de la empresa*, 1995, 75 ss., 90 ss.; GARRETA SUCH, *Responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, 1991, 202; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «Los delitos societarios en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal», *PJ*, 28 (1992), 173 ss.; «Los delitos societarios», en VV. AA., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales* (editado por el diario *Expansión*), 1996, 353 ss.; BAJO/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *DP PE*, II, 2ª, 1993, 405, quienes denuncian que «el Código Penal no tome en consideración supuestos de deslealtad o abuso de confianza en la administración del patrimonio ajeno, que adquieren relieve de primer orden en el mundo económico actual»; VIVES, en VIVES y OTROS, *DP PE*, 1993, 962: «quedan en el campo del ilícito civil atentados patrimoniales muy graves que, desde luego, han de estimarse merecedores de castigo»; BACIGALUPO, *Die Problematik der Untreue im spanischen Strafrecht*, en SCHÜNEMANN/SUÁREZ GONZÁLEZ (eds.), Madrid, 1994, Symposium, 1994, 201 ss.; «La problemática de la administración desleal en el Derecho Penal español», en VV. AA., *Hacia un Derecho Penal económico europeo, Homenaje a Tiedemann*, 1995, 385 ss.; DÍAZ MAROTO, *Die Reform des Strafrechts der Handelsgesellschaften*, en SCHÜNEMANN/SUÁREZ GONZÁLEZ (eds.), Madrid, 1994, Symposium, 1994, 184; «Los delitos societarios en la reforma penal», en *Homenaje a Tiedemann*, 1995, 152; GONZÁLEZ RUS, «La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio. Consideraciones críticas», *EPCrim XVII*, 1994, 185 ss.; MARTÍNEZ PÉREZ, «El delito societario de administración fraudulenta», *EPCrim XVII*, 1994, 265 ss.: «laguna de punibilidad», «necesidad dogmática y político-criminal de crear un delito de administración social fraudulenta», señalando además que «el problema es de alcance general y no tiene por qué ser circunscrito a la esfera de las sociedades mercantiles»; DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, 1994, 533 ss.; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (tesis doctoral inédita), I, 1995, 296 ss.; MATA Y MARTÍN, «Los delitos societarios en el Código Penal de 1995», *RdS 5* (1995), 165; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 19 ss.; GARCÍA VALDÉS, «El nuevo Derecho Penal de los negocios y de las sociedades mercantiles», en VV. AA., *Estudios jurídicos en Homenaje a A. Menéndez*, IV, 1996, 5124 ss.; DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1406 s.

Especial relevancia, por su trascendencia para el tráfico mercantil, tienen los supuestos de falsificación del balance y de los demás documentos que configuran las cuentas anuales (4) (5). Estos documentos deben «ser redactados con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa» (6). Tanto el Código de Comercio (7), como especialmente la Ley de Sociedades Anónimas (8), establecen una serie de reglas precisas acerca de la estructura del balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y de la memoria, así como reglas de valoración de los elementos integrantes de las diferentes partidas que figuren en las cuentas anuales, todo ello orientado a que tales cuentas reflejen con claridad y exactitud la situación económica de la empresa. En las sociedades mercantiles, y especialmente en las grandes sociedades anónimas, esa obligación de presentación de las cuentas anuales en esos términos es una garantía de una gestión adecuada de la empresa y un instrumento fundamental de control, tanto para acreedores y terceros como fundamentalmente para los socios, que han de aprobarlas cada año en Junta general de accionistas, una vez que han sido auditadas. De hecho, el aseguramiento de la veracidad de la información social ha sido uno de los ejes de la reciente reforma del Derecho de sociedades (9), que

(4) El artículo 34.1 CCo establece: «Al cierre de cada ejercicio, el empresario deberá formular las cuentas anuales de su empresa, que comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Estos documentos forman una unidad». Por su parte, el artículo 172 LSA señala que «Las cuentas anuales comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria». Y en el artículo 171 LSA se hace referencia también al informe de gestión, que ha de presentarse junto con las cuentas anuales y que, según el artículo 202 LSA, «habrá de contener una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad».

(5) Esta importancia del balance es puesta ya de relieve por RODRÍGUEZ SASTRE, *El delito financiero*, 1934, 29 ss.: «es el medio contable de presentar la situación de una empresa en una época dada»... «garantiza la inalterabilidad del capital y la realidad del beneficio»... «sirve para rendir cuentas de la situación de la empresa a los accionistas, a terceros y para determinar el beneficio». Además, el balance fraudulento es el medio para cometer otro tipo de delitos: «Es gracias a los balances como el delito financiero puede ser perpetrado». Cfr., también, TERRADILLOS, *Delitos societarios*, 1987, 76 ss. (citando a DI NICOLA, *La falsificazione dei bilanci*, 1983, 120 ss., para quien «no se puede pretender llevar a buen término la lucha contra la criminalidad económica si no se comienza por golpear con decisión sobre el mecanismo de que se sirven los delincuentes económicos para el despliegue de su actividad delictiva sobre la falsificación de balances»); FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, I, 1995, 250 ss.

(6) Artículo 34.2 CCo y 172.2 de la LSA.

(7) Artículos 34 ss.

(8) Artículos 171 ss., que rigen también para las sociedades de responsabilidad limitada (art. 23 de la antigua LSRL 1953 y 84 de la nueva Ley de Sociedades de responsabilidad limitada, Ley 2/1995, de 23 de marzo, que en su disposición adicional segunda modifica algunas de las disposiciones de la LSA en materia de cuentas anuales).

(9) Así lo ponen también de relieve MATA Y MARTÍN, *RdS* 5 (1995), 172; DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (coordinador): *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1413.

incorpora el principio de la «imagen fiel del patrimonio», impuesto a todos los Estados miembros por el artículo 31 de la Cuarta Directiva del Consejo de la CEE en materia de cuentas anuales de las sociedades de capital (Cuarta Directiva, de 25 de julio de 1978) (10).

El balance puede ser alterado de muy diversas formas. Rodríguez Sastres (11) afirma que «la fraudulencia del balance» puede deberse a tres causas: fraude por acción (hacer aparecer en el inventario beneficios inexistentes u ocultar los existentes, falseando la contabilidad, creando asientos o cuentas ficticias, sobrevalorando los elementos del activo o manipulando el pasivo), fraude por omisión (no teniendo en cuenta las pérdidas producidas, las depreciaciones o la pérdida de elementos del activo) y «por optimismo» (sobrestimando el activo, no teniendo en cuenta la posible depreciación de un activo dudoso, no estableciendo las reservas necesarias para los riesgos asumidos...)

Dada la gran amplitud con que estaba redactado en el Código Penal de 1944 el delito de falsedad documental, que castigaba tanto las falsedades materiales como las de carácter ideológico (12), muchas de estas conductas se consideraban punibles, al menos como falsedad documental, en la mayoría de los casos de sociedades constitutiva de falsedad en documento mercantil (art. 303 CP 1944). Desde luego lo serían las manipulaciones del balance y demás documentos integrantes de las cuentas anuales (13). Pero

(10) Ampliamente acerca de la reforma del sistema de organización contable y financiera de las sociedades, especialmente respecto de las cuentas anuales en la sociedad anónima, por todos, VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I/2.ª, 3.ª, 1991, 685 ss.

(11) *El delito financiero*, 1934, 21 ss.

(12) Acerca de la falsedad documental en general, cfr., entre otros, QUINTANO, *La falsedad documental*, 1953, *passim*; *Tratado PE*, IV, 1967, 597 ss.; DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, *Falsedad imprudente en certificado médico de defunción*, LL 1986-2, 246 ss.; ¿Son punibles las falsedades imprudentes en documento público u oficial?, PJ 1 (1986), 85 ss. (acerca del problema de la punibilidad o no de la falsedad imprudente en la anterior regulación); RODRÍGUEZ RAMOS, *Reflexiones sobre el delito de falsedad en documento mercantil*, PJ 11 (1988), 105 ss.; ORTS, en VIVES y otros: *DP PE*, 1993, 221 ss.; CALLE RODRÍGUEZ, «Teoría general sobre la falsedad documental y selección de jurisprudencia sobre la falsedad documental, con especial referencia al documento mercantil», I y II, *CPC*, 1994, 703 ss.; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, 1994, *passim* y 285 ss. (acerca de la clásica distinción entre falsedad material e ideológica); COBO DEL ROSAL, «Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad», *CPC*, 1995, 429 ss.; MUÑOZ CONDE, *DP PE*, 10.ª, 1995, 580 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, *DP PE*, 18.ª, 1995, 973 ss.; MOYNA MÉNGUEZ, *Las falsedades documentales*, LL 1996 (núm. 4041), 1 ss.

(13) Cfr. ya RODRÍGUEZ SASTRE, *El delito financiero*, 1934, 21 ss.; HEREDERO, *Delitos financieros*, 1969, 99 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, «Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el proyecto de 1980 de Código Penal», *ADPCP*, 1980, 479: «el balance está reconocido como documento mercantil..., por lo que no cabe duda de que su falseamiento puede reunir los requisitos para que constituya delito de falsedad en documento mercantil»; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Crisis bancarias*, 1987, 297 s.; MUÑOZ CONDE, *Begriff und Reform des Wirtschaftsstrafrechts in Spanien*, en SCHÜNEMANN/SUÁREZ GONZÁLEZ (eds.), Madrid, 1994, Symposium, 67. «Delincuencia económica: Estado de la cuestión y propuestas de reforma», *Homenaje a Tiedemann*, 1995, 274.

también la emisión de facturas sin causa por la prestación de servicios o de suministros inexistentes, que claramente constituyen una falsedad ideológica, por «faltar a la verdad en la narración de los hechos», pues en la factura se hace constar el concepto al que responde la misma. Y la llevanza de una doble contabilidad, la constitución de cajas negras... (14). Más problemático resulta el libramiento de letras de cambio o cheques sin causa, que ciertamente es un documento que ampara una falsedad, pero el hecho de que en él no se haga constar la causa por la que se libra (al ser un título abstracto) hace que, en sí mismo, no sea falso. No obstante, lo normal es que esa letra o cheque tenga un soporte documental que justifique su emisión y en el que se exprese la supuesta causa, que sí será falso.

Desde luego la jurisprudencia, aunque no está exenta de vacilaciones (15), suele seguir la línea que se acaba de exponer. La Sala segunda maneja un amplísimo concepto de documento mercantil, entendiendo por tal todo aquel que se forme con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio o de las leyes mercantiles, sea expresión de una operación mercantil y tenga validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter (16). En muchas ocasiones va incluso más allá, prescindiendo de la exigencia de que se encuentren expresamente regulados en el Código de Comercio o las leyes mercantiles, requiriendo tan sólo «que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlas» (17). Este concepto ha dado lugar a que se consideren documen-

(14) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Crisis bancarias*, 1987, 296 s.: «el propósito de ocultar las prácticas irregulares desarrolladas, así como la verdadera situación económico patrimonial de la entidad, llevó a los administradores de Bancos en crisis a cometer todo tipo de falsedades, que, en la medida en que se han plasmado en documentos mercantiles y oficiales constituyen, sin duda alguna, delitos previstos y sancionados en el artículo 303 del Código Penal, en relación con el 302, del mismo cuerpo legal».

(15) Afirma CÓRDOBA, «Delincuencia económica y responsabilidad de los representantes de sociedades mercantiles en Derecho español», *EPCrim X*, 1987, 126, que «los hechos referidos pueden ciertamente cumplir los tipos penales, pero el dato social de la gran frecuencia de estas conductas, conduce a una actitud de inseguridad y reserva a la hora de decidir nuestros Tribunales, si tales hechos deben o no ser castigados como constitutivos de un delito de falsedad documental».

(16) Cfr., entre otras, STS de 2 de noviembre de 1970 (A 4384); 20 de mayo de 1982 (A 2692); 8 de marzo de 1985 (A 1602); 1 de julio de 1987 (A 5140); 21 de junio de 1989 (A 5194); 27 de marzo de 1990 (A 2634); 8 de noviembre de 1990 (A 8857); 7 de febrero de 1991 (A 899).

(17) Así, SSTS de 18 de noviembre de 1968 (A 4346) y 22 de febrero de 1985 (A 1524), a las que siguen en idénticos o muy similares términos las de 6 de febrero de 1986 (A 569): «expresión de una operación mercantil o de comercio admitida en los cuerpos legales o establecidos por la costumbre y práctica del tráfico mercantil»; 17 de diciembre de 1986 (A 7939); 15 de noviembre de 1988 (A 9166); 23 de diciembre de 1988 (A 10302): «El documento mercantil existirá siempre que el mismo sea expresión de una operación mercantil o de comercio»; 27 de marzo de 1990 (A 2634):

tos mercantiles, entre otros, además de las letras de cambio y otros títulos valores, los libros de contabilidad de los Bancos y Cajas de ahorro (incluyendo aquí las fichas registro de los clientes y los partes mensuales que remiten las sucursales a las oficinas centrales), las libretas de ahorro, los talones de cuenta corriente, los contratos de seguro y partes de accidente, los balances y demás documentos contables de las sociedades y hasta incluso las facturas, los albaranes y los recibos (18).

Este amplísimo concepto jurisprudencial del documento mercantil es discutido por la doctrina penal mayoritaria, partidaria de dotar de la especial protección jurídico penal del documento mercantil sólo a aquellos que, además de estar expresamente tipificados en las leyes mercantiles, esten dotados de una especial eficacia jurídica, que los haga potencialmente más peligrosos para la seguridad del tráfico mercantil, en definitiva, por su especial capacidad defraudatoria. Sólo esa especial trascendencia para el tráfico jurídico justificaría el reforzamiento de la protección penal —al nivel de los documentos públicos u oficiales— de documentos que, en cuanto a su naturaleza, son documentos privados (19). Y la Jurisprudencia más reciente se hace eco en alguna medida de las críticas doctrinales, declarando que la especial protección del antiguo artículo 303 se refiere sólo a aquellos documentos merecedores de la misma, porque incorporan una presunción de veracidad y autenticidad equivalente a la del documento público, por lo que no sería suficiente su utilización en el tráfico mercantil, sino que han de tener una especial fuerza probatoria (20).

Por lo que se refiere al balance y la cuenta de pérdidas y ganancias —cuya necesidad de especial protección no suele discutirse—, se considera falsedad en documento mercantil por «faltar a la verdad en la narración de los hechos» (art. 303 en relación con el 302.4.⁹) la falsificación de balances a través de la suposición o exageración de valores para fingir una situación económica más favorable que la real, otor-

«se entiende que son mercantiles a efectos penales los documentos que acreditan las operaciones que se contraen en el ámbito o movimiento propio de una empresa o incidencias relativas a tales operaciones, bien se trate de documentos recogidos en el Código de Comercio y demás leyes mercantiles, bien sea de los adoptados por el uso comercial sin una tipificación legal determinada»; 13 de marzo de 1991 (A 2130); 19 de abril de 1991 (A 2813); 8 de mayo de 1992 (A 3766); 10 de octubre de 1994 (A 7888).

(18) Cfr. la detallada exposición de la postura jurisprudencial que hacen RODRÍGUEZ RAMOS, *PJ* 11 (1988) 106 ss. (con una valoración muy crítica de la misma) y LUZÓN CUESTA, «Las falsedades en documentos mercantiles, de identidad y certificados», en BENEYTES y otros, *Las falsedades documentales*, 1994, 125 ss.

(19) Cfr. en este sentido ya QUINTANO, *Tratado PE*, IV, 1967, 627 s.; CÓRDOBA, *Comentarios CP* III, 1978, 795; RODRÍGUEZ RAMOS, *PJ* 11 (1988), 109 ss. (optando este autor por un criterio muy restrictivo, que limita el objeto material típico del artículo 303 CP a los títulos valores, por su especial potencialidad lesiva para el tráfico mercantil); ORTS, en VIVES y otros, *DP PE*, 1993, 226 s.; MUÑOZ CONDE, *DP PE*, 10.^a, 1995, 584.

(20) Así, SSTS de 3 de febrero de 1989 (A 1422); 17 de abril de 1989 (A 3362); 1 de abril de 1991 (A 2543) y, especialmente, la de 31 de mayo de 1991 (A 4022).

gando al Balance carácter de documento mercantil desde que es ofrecido a la Junta General como medio de información del accionista, con independencia de su aprobación (21). Se otorga relevancia penal tan sólo a las reglas mercantiles sobre enumeración y valoración de los valores, pero no a la violación de las estrictas reglas de carácter formal relativas a la confección de las cuentas anuales (22), lo cual parece correcto desde el respeto al principio de intervención mínima y al carácter fragmentario y subsidiario, de *ultima ratio*, del Derecho Penal. Asimismo, existen sentencias que castigan como falsedad en documento mercantil la simulación de facturas por suministros o servicios inexistentes (23), la falsificación de albaranes (24) o la llevanza de una doble contabilidad (25), pero se suele negar el carácter de falsedad documental al libramiento de letras de cambio sin causa, también denominadas letras de favor o de complacencia, esto es, aquellas que no

(21) Así, STS de 9 de mayo de 1956 (A 1634), que aplica el artículo 303 en relación con el 302.4.º CP, por entender que la exageración y suposición de valores inexistentes en el inventario que acompaña al balance para fingir una situación económica favorable de la sociedad «representa una falta de veracidad en los datos esenciales del balance que les imprime el sello de documentos falsos». Además esta importante sentencia afirma que los balances de las sociedades anónimas gozan del carácter de documento mercantil desde el momento en que se confeccionan y se los dota de los requisitos precisos para que sean sometidos a la censura de los órganos directivos y representativos de la entidad, con independencia de que estén aprobados o no por el Consejo de Administración y la Junta de accionistas. También consideran el Balance un documento mercantil a los efectos del delito de falsedades y criminalizan la falta de veracidad en el mismo las SSTS de 4 de noviembre de 1965 (A 4974); 30 de junio de 1972 (A 3463); 23 de junio de 1973 (A 2896); 7 de febrero de 1991 (A 899). También la STS de 13 de julio de 1993 (A 6070), aunque en el caso concreto no aprecia el delito porque «la falsedad de balances exige que se haya podido constatar una discrepancia entre la situación económica reflejada en los mismos y la situación económica real», lo que no quedó constatado en el caso concreto, ante la diversidad de opiniones técnicas.

(22) Así lo pone de relieve HEREDERO, *Delitos financieros*, 1969, 100 ss.

(23) Así, STS de 9 de mayo de 1956 (A 1634) y, más recientemente STS de 18 de octubre de 1994 (A 8026): considera falsedad en documento mercantil la extensión de facturas por trabajos no realizados para justificar pagos ilícitos; 29 de octubre de 1994 (A 8331): facturas que no corresponden a una operación real. Aprecia falsedad en documento mercantil del artículo 303 en relación con el 302.9.º; 15 de noviembre de 1994 (A 9012): facturas en que se hace aparecer como gastos de una sociedad lo que eran gastos particulares de sus directivos; se aprecia falsedad ideológica en documento mercantil (art. 303 en relación con el 302.4.º).

(24) Cfr., entre otras, SSTS de 19 de septiembre de 1983 (A 4554); 27 de septiembre de 1985 (A 4461); 3 de febrero de 1989 (A 1422); 27 de marzo de 1990 (A 2634).

(25) Así, entre otras, SSTS de 8 de mayo de 1992 (A 3766) y 16 de junio de 1992 (A 5386).

están respaldadas por una deuda extracambiaria, que no responden a una operación mercantil real (26).

No obstante, esta solución no tenía en cuenta ni la especificidad del ámbito societario ni la dimensión económica del problema (27), por lo que parecía preferible contar con una regulación específica, salvo que esta laguna lograra ser colmada por la vía de los delitos patrimoniales, lo que —como veremos más adelante— no se produce.

La situación cambia radicalmente con la nueva regulación que el NCP 1995 da a las falsedades, ya que la falsedad ideológica genérica (faltar a la verdad en la narración de los hechos) sólo es punible en los artículos 390 ss. si la realiza un funcionario público en documento público, pero es impune si se realiza por un particular sea en documento público, oficial, mercantil o privado. En el caso del particular, sólo se castigan las falsedades materiales o la ideológica consistente en la suposición ficticia de intervención de personas o en atribuirles manifestaciones distintas de las reales (28). Se ha

(26) SSTS de 21 de marzo de 1966 (A 1373): «no es documento falso en sí, aunque son falsas las ideas que en él se afirman como verdaderas, por lo que no es de apreciar el dolo genérico de este delito, constituido por la conciencia de que se altera la verdad, y por la voluntad de alterarla»; 4 de octubre de 1966 (A 4122): niega que las cambiales sin causa sean «documentos simulados, que indujeron a error sobre su autenticidad, puesto que estaban revestidos de todas las formalidades intrínsecas y extrínsecas». Cfr., sin embargo, recientemente, STS de 25 de octubre de 1993 (A 7961), que considera falsedad en documento mercantil el libramiento de letras de cambio que no corresponden a una operación mercantil, o STS de 6 de septiembre de 1994 (A 6824), respecto de las letras de favor.

Respecto de estas letras de favor, señala RODRÍGUEZ MOURULLO, «La protección penal del cheque y la letra de cambio», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ (Director), *Derecho cambiario*, 1986, 945, que la validez y licitud de estas letras es reconocida por la doctrina mercantil y que, pese a no existir deuda extracambiaria, están respaldadas por el pacto de favor implícito de un afianzamiento, lo que constituye su causa lícita y excluye la falsedad. Cfr. también, LUZÓN CUESTA, en BENEYTES y otros, *Las falsedades documentales*, 1994, 135 ss., distinguiendo entre las letras de favor (en las que no aprecia falsedad alguna) y las «letras de peloteo», que sí son auténticas letras vacías.

(27) En el mismo sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Crisis bancarias*, 1988, 285.

(28) Acerca de la nueva regulación de las falsedades documentales en el CP 1995, cfr. ESCOBAR JIMÉNEZ, «Las falsedades documentales», en VV. AA., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales* (editado por el diario *Expansión*), 1996, 425 ss.; LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, 1996, 170 ss.; BACIGALUPO, *La reforma de las falsedades documentales*, LL 1996, núm. 3966, 1 ss.; MOYNA MÉNGUEZ, LL 1996 (núm. 4041), 1 ss.; ORTS, en VIVES (Coordinador): *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1737 ss.

Téngase en cuenta, además, que el artículo 26 NCP ofrece un concepto jurídico penal de documento como «todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica», zanjando así la polémica doctrinal y jurisprudencial acerca de la necesidad del carácter escrito del documento para ser objeto de protección penal. Con el nuevo artículo 26 queda clara la voluntad del Código de proteger no sólo la documentación escrita, sino todo tipo de «soporte material» que pueda cumplir la misma función que el escrito, por ejemplo, los soportes informáticos. Sobre la citada polémica en torno al concepto de documento cfr., por todos, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, 1994, 135 ss.

producido, por tanto, una importante despenalización, compensada por la creación de tipos especiales de falsedad documental, entre otros, en el ámbito societario.

En concreto, el artículo 290 NCP castiga expresamente a «los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearan 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» 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» (29) (30). Dado que el precepto se refiere sólo al ámbito societario, han de considerarse impunes posibles falsedades ideológicas fuera del mismo, esto es, en el ámbito de la administración de patrimonios no societarios, lo que creo que puede dar lugar a lagunas de punición, máxime si se tiene en cuenta que el NCP no prevé un tipo genérico de administración desleal.

(29) Acerca de este delito cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 55 ss.; JIMÉNEZ VILLAREJO, «Los delitos societarios y contra los consumidores», *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1, 1996, 22 s.; LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995*, 1996, 145 s.; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «Los delitos societarios», en VV. AA., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales* (editado por el diario *Expansión*), 1996, 367 ss.; «Los delitos societarios en Código Penal», *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1, 1996, 50 ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, «Los nuevos delitos pseudosocietarios», *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1, 1996, 88 ss.; DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1412 ss.

(30) Todos los Anteproyectos y Proyectos de CP han contemplado un tipo de falseamiento de balances o de información social. El Proyecto 1980 tipificaba, junto a la falsificación de balances (art. 364), otra serie de supuestos que llevan aparejada una falsedad documental, como la sociedad de fachada (art. 363) y la publicación de datos falsos relativos a la situación de la sociedad o de sus administradores, con el fin de captar nuevas aportaciones de capital, conseguir créditos o consolidar los ya existentes (art. 365). El Anteproyecto de 1983 suprimía la tipificación de la sociedad de fachada y refundía en el artículo 294 la falsificación de balances (núm. 1) y la publicación de datos falsos (núm. 2). En el Anteproyecto y Proyecto de 1992, se habla ya no sólo del falseamiento del balance, sino de «las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad» y se exige el elemento subjetivo «para causar un perjuicio» (art. 293 del Anteproyecto y art. 299 del Proyecto) y, junto a este tipo, se prevé otro que castiga la publicación de datos falsos relativos a la situación de una compañía mercantil o aparentar tener en ella una participación distinta de la real (art. 294 del Anteproyecto y art. 300 del Proyecto). Ya en el Proyecto de 1994 se suprime el tipo genérico de publicación de datos falsos, tipificándose en el artículo 292 tan sólo el falseamiento de «las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad», siempre que sea «para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios o a un tercero». La regulación definitiva del artículo 290 CP 1995 mantiene básicamente esta redacción, pero sustituyendo el elemento subjetivo «para causar un perjuicio económico», por la exigencia de idoneidad (objetiva, con independencia del ánimo del sujeto) para causar el perjuicio.

La conducta típica consiste en una falsificación (mentir o alterar con cualquier maniobra, activa u omisiva los documentos, de forma que no reflejen la verdadera situación jurídica o económica de la sociedad a que se refieren), pero se protegen también los intereses económicos de la sociedad, los socios o terceros, ya que el tipo básico es un delito de peligro abstracto de aptitud respecto del patrimonio de estos sujetos (se exige la idoneidad para causar perjuicio económico) (31). Y junto al tipo básico, en el párrafo segundo se crea una cualificación para el caso de que se llegue a causar el perjuicio económico (32).

Prescindiré en el análisis de este delito de ciertas cuestiones de indudable interés —como la referencia al sujeto activo: administrador de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación y al concepto de sociedad, de lo que me ocuparé más adelante, al analizar el delito de administración desleal del artículo 295 (33)—, para centrarme en la problemática del objeto de protección y las cuestiones concursales que plantea su tipificación.

El nuevo artículo 290 no es una mera modalidad de falsedad en documento mercantil en el ámbito societario (34), sino que el objeto de protección específico de este delito es la transparencia y veracidad de la información social (35), lo que —como anteriormente señalábamos—, tiene

(31) La supresión del elemento subjetivo «para causar un perjuicio económico», que figuraba en el artículo 292 del Proyecto de 1994, y la introducción de la fórmula finalmente aprobada fue objeto de una fuerte discusión tanto en la Comisión como en el Pleno del Congreso, y se produjo finalmente en el Senado, por iniciativa del Grupo Parlamentario Socialista. Cfr. al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 59 ss. y núm. 67.

(32) Una solución similar —creación de un tipo único de falsedades específicamente societarias configurado como un delito de peligro y posibles agravaciones del tipo básico, en caso de producirse efectivamente el perjuicio patrimonial— había sido propuesta por TERRADILLOS, *Delitos societarios*, 1987, 80 s. Sin embargo, TERRADILLOS parece hacer referencia a un delito de peligro abstracto genérico, no de aptitud, pues afirma que «el dolo se limitará a los elementos del tipo»... «sin que tenga que abarcar, ni siquiera eventualmente la materialización del daño patrimonial». Al aparecer configurado como un delito de aptitud, en que la exigencia de idoneidad es elemento del tipo, el dolo deberá abarcar también el conocimiento de la concreta potencialidad lesiva de la conducta, su idoneidad para causar el perjuicio. Acerca del dolo en los delitos de peligro abstracto, con especial consideración de estos delitos de aptitud, cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 1994, 310 ss.

(33) Cfr. *infra* IV a).

(34) Así también DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1418 s.

(35) Cfr., en el mismo sentido, MATA Y MARTÍN, *RdS* 5 (1995), 172: «Nos encontramos ante la incriminación de una conducta que pretende garantizar el correcto desenvolvimiento de la actividad social»; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 55: «Se trata de una norma destinada a tutelar la veracidad e integridad de la información suministrada por la sociedad y, con ello, el derecho de información de los socios y de las personas ineteresadas en la vida social»; JIMÉNEZ VILLAREJO, *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1, 1996, 22: «La norma persigue

una importancia esencial para garantizar una gestión adecuada de la sociedad y es un instrumento fundamental de control, tanto para acreedores y terceros, como fundamentalmente para los socios. No se castiga, por tanto, cualquier falsedad material o ideológica en el ámbito societario, cualquier irregularidad o inexactitud, sino el falseamiento de la información societaria, que debe reflejar la situación jurídica y económica de la entidad, en la medida en que ello es relevante para la protección de los intereses económicos de la sociedad, los socios o terceros (sujetos mencionados expresamente como sujetos pasivos) (36). Y esta idea debe presidir la interpretación del precepto, a la hora de decidir qué conductas son punibles y cuáles no (37).

Esta delimitación del objeto de tutela del precepto es decisiva en cuanto a la precisión del objeto material y del ámbito de aplicación del mismo. ¿Qué tipo de falsificaciones encajan aquí? ¿Todas las que anteriormente se castigaban como falsedad en documento mercantil, siempre que se cometan en el ámbito societario, entre otras, la elaboración de facturas falsas o facturas o letras sin causa? ¿Cómo ha de interpretarse la expresión «documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad»: como referida a la situación global o también parcial, es decir, a cualquier tipo de documento contable? Por coherencia sistemática con el otro término de la comparación («cuentas anuales»), creo que se impo-

garantizar el derecho a una correcta información de los socios, acreedores o terceros, que debe reflejarse en documentos claros y exactos, derecho que se corresponde con el deber de los empresarios de llevar una contabilidad ordenada y fiel»; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, en VV. AA., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales* (editado por el diario *Expansión*), 1996, 368 s.; *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1, 1996, 52; DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1414 s., sostiene que el bien jurídico protegido por el precepto es «el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la entidad», junto con los intereses patrimoniales de esos mismos sujetos, configurándose —por tanto— como un delito pluriofensivo.

(36) Cfr., TERRADILLOS, *Delitos societarios*, 1987, 70: «La tutela de la veracidad de la información constituye el núcleo capital del Derecho Penal societario, pero la correcta comprensión de su naturaleza requiere partir del dato de la potencialidad lesiva de las informaciones incorrectas. Desde una perspectiva instrumental, la tutela legal de la información es tutela de los intereses patrimoniales de los destinatarios de aquélla».

(37) Cfr., en el mismo sentido, MATA Y MARTÍN, *RdS* 5 (1995), 172: «no cualquier inexactitud o irregularidad en la documentación integra el comportamiento típico... Sólo las conductas relevantes para el fin perseguido de transparencia e información sobre la marcha de la entidad, así como las que resultan idóneas para conseguir el mismo fin, pueden estimarse alcanzadas en el sentido del tipo»; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 63; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, en VV. AA., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales* (editado por el diario *Expansión*), 1996, 369; *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1, 1996, 52; DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1418 ss.

ne una interpretación restrictiva, limitando la protección sólo a aquellos documentos que —como el balance o los demás documentos integrantes de las cuentas anuales— reflejen la situación económica —o jurídica— global de la sociedad. Una conclusión que se ve avalada por la interpretación valorativa y teleológica, a la vista del bien jurídico que trata de protegerse. Por tanto, serán ahora atípicos otros falseamientos contables (en documentos que no reflejen la «situación económica o jurídica» de la sociedad con carácter global o general) llevados a cabo por administradores de sociedades consistentes en falsedades ideológicas distintas de la suposición ficticia de intervención de personas o de atribuirles manifestaciones distintas de las reales (por ejemplo, el libramiento de facturas sin causa por servicios no prestados, que encubren realmente donaciones a partidos políticos) (38).

Entre los documentos referidos a la «situación económica» podrían encajar —junto a la falsificación del balance y demás documentos integrantes de las cuentas anuales (39)—, el informe de gestión que debe acompañarlas (40), el balance de fusión (art. 239 LSA) o el balance final en caso de disolución de la sociedad (art. 274 LSA) y todo tipo de documentos, comunicaciones o informes sociales —tanto las de carácter oficial y de naturaleza interna, dirigidas a los socios para darles noticia de la marcha de la sociedad, como las de carácter externo dirigidas a futuros socios o acreedores—, siempre que sean relevantes para reflejar la situación económica de la entidad e idóneas para producir un perjuicio económico a sus destinatarios. Creo que encajarían aquí, por tanto, las conductas que mencionaban el Proyecto de 1980 en su artículo 365 y el Anteproyecto de 1983 en su artículo 294.2: publicar datos falsos sobre la situación real de la sociedad o sus administradores para revalorizar o depreciar acciones, captar nuevas aportaciones de capital, conseguir o consolidar créditos..., aunque no se realicen estrictamente en documentos contables. García de Enterría (41) cita, a título meramente ejemplificativo, los informes que han de elaborar los administradores para la adopción de ciertos acuerdos sociales (como la modificación de estatutos o los de aumento de capital

(38) De la misma opinión, respecto de las llamadas «facturas falsas», CÓRDOBA, «Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima», *LL*, núm. 4043, 1996, 3.

(39) Recordemos que el artículo 172,1 LSA establece que las cuentas anuales comprenden el Balance, la Cuenta de pérdidas y ganancias y la Memoria. A los efectos que aquí interesan ha de entenderse que el CP se refiere a la formulación de los proyectos de cuentas que han de realizar los administradores, para ser auditadas y presentadas a la aprobación de la Junta general. En el mismo sentido, DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1421.

Acerca del proceso de formulación de las cuentas anuales, cfr., por todos, VICENT CHULIA, *Compendio*, I/2.º, 3ª, 1991, 690 ss.

(40) Y que, recordemos, conforme al artículo 202 LSA, «habrá de contener una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad».

(41) *Los delitos societarios*, 1996, 57.

con exclusión del derecho de suscripción), el proyecto de fusión o de escisión, el folleto informativo que ha de acompañar a cualquier emisión de valores o a las ofertas públicas de adquisición, los documentos que han de presentarse para la admisión de valores a negociación en cualquier mercado secundario de valores, las informaciones que periódicamente han de hacer públicas las sociedades cotizadas... (42).

Ahora bien, el artículo 290 hace mención también a documentos que reflejen la «situación jurídica» de la sociedad, con lo que se da aún mayor amplitud al precepto, protegiéndose la veracidad de la información social de contenido no estrictamente económico, desde el proceso constituyente a la liquidación y a lo largo de toda la vida social. Encajarían aquí, pues, las falsificaciones de todos aquellos documentos susceptibles de inscripción en el Registro mercantil que contengan información relevante sobre la situación jurídica de la entidad y sean idóneos para causar perjuicio [lo que permitiría castigar, por ejemplo, la creación de «sociedades ficticias» o «de fachada», en la medida en que se llevan a cabo falseando los datos reales de la sociedad (43)]. Especial trascendencia pueden tener las falsificaciones que vician el proceso constituyente (falseamiento de datos sobre aportaciones o aportantes, para captar entregas de capital que de otro modo no se habrían producido; incumplimiento de las específicas obligaciones de publicidad...) (44).

Por último, quisiera poner de relieve los problemas de delimitación que puede plantear este delito –al tutelar también intereses económicos– con el de estafa, cuando el engaño propio de aquélla se concreta a través de una falsedad documental (por ejemplo, si a consecuencia de la información falsa se consigue revalorizar o depreciar acciones o captar aportaciones de capital para la sociedad o inducir a otra sociedad a cualquier tipo de relación comercial, causando un perjuicio económico). Estos problemas pueden plantearse tanto entre el tipo básico del párrafo primero y la tentativa de estafa, como entre la cualificación del párrafo segundo y la estafa consumada.

En el primer supuesto creo que la solución pasa por aplicar el concurso de leyes (art. 8 NCP) a favor del artículo 290, que consume el desvalor de la tentativa de estafa. Pero la cuestión es mucho más discutible en el segundo supuesto, donde –pese a que algunos autores optan también

(42) Cfr. también, FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, I, 1995, 255 y núm. 609, con una amplísima enumeración de documentos mencionados en la LSA que, a lo largo de las diversas fases de la vida social, deben ser elaborados por los fundadores, promotores, administradores o liquidadores, y que serían objeto de protección del delito de falsas informaciones sociales.

(43) Así lo pone de relieve DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1423.

(44) Cfr. TERRADILLOS, *Delitos societarios*, 1987, 72 ss.

por la aplicación exclusiva del art. 290 como ley preferente (45)— creo que esta solución es muy discutible. Aplicar en estos casos exclusivamente el artículo 290 supondría un inaceptable y absurdo privilegio de aquellas estafas cometidas en el ámbito societario a través de falsificación de documentos contables o de comunicaciones sociales, hechos con un desvalor mayor que las otras estafas (con múltiples posibles perjudicados e intereses supraindividuales del orden socio-económico en juego). Ello resulta evidente si comparamos los marcos penales de estos delitos: la estafa, sin concurrir ninguna circunstancia agravatoria del artículo 250, tiene una pena de prisión de seis meses a cuatro años (art. 249), pero puede llegar a tener penas de cuatro a ocho años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses (art. 250, 2.º: si reviste especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación... y se comete con abuso de las relaciones personales existentes entre la víctima y el defraudador o aprovechando éste su credibilidad profesional o personal). Frente a esto, con el artículo 290, párrafo segundo, la pena sólo puede llegar hasta tres años de prisión y multa de un máximo de doce meses. Parece, pues, claro que este precepto ni consume o absorbe el desvalor de la estafa consumada, ni puede considerarse ley especial frente a la misma (pues la voluntad de la ley no puede ser crear un privilegio en estos casos de mayor contenido de injusto) ni tampoco puede hablarse de relación de subsidiariedad entre ambos preceptos y, si la hubiera, en todo caso sería inversa a la que se propone, es decir, nos llevaría a afirmar que el artículo 290, 2, es subsidiario respecto de la estafa, que sólo se aplica a hechos no constitutivos de estafa y que, de darse los presupuestos de ésta, la estafa se convierte en ley preferente. La aplicación de la regla de subsidiariedad a favor de la estafa —o, en su defecto, de la regla de la alternatividad— es la única solución aceptable si se opta por el concurso de leyes (46).

b) *Delitos patrimoniales:*

b.1 Entre los delitos patrimoniales, el delito de estafa protege el patrimonio frente a conductas fraudulentas o defraudatorias, por lo que parecería en principio apto para castigar la administración desleal. Y así era en buena medida hasta la reforma de 1983, por la amplitud con que estaba redactado el tipo («defraudare o perjudicare a otro usando de cual-

(45) Así, RODRÍGUEZ RAMOS, *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1, 1996, 89 (con una referencia genérica al artículo 8 NCP); DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (Coordinador), *Comentario al CP 1995*, 1996, 1420 (quien afirma que el art. 290 es ley especial frente al delito de estafa).

(46) Otra posibilidad sería acudir al concurso de delitos entre el artículo 290 y la estafa, pero esta solución es probablemente inaceptable, por violar el principio *non bis in idem*.

quier engaño») (47) (48). Sin embargo, la mecánica comisiva de este delito tras la reforma de 1983 (tanto en el antiguo 528 como en la nueva figura de estafa del art. 248, prácticamente idéntica a la anterior, salvo por la previsión expresa de la estafa a través de manipulaciones informáticas en el párrafo segundo), con la exigencia de un engaño inicial por parte del sujeto activo —elemento esencial que preside todo el tipo (49)—, determinante del acto de disposición que realiza el engañado, que da lugar al perjuicio patrimonial, limita mucho su ámbito de aplicación. Esas maniobras engañosas son llevadas a cabo por el autor para producir un error en otro, que puede ser el perjudicado o un tercero, pero nunca el propio autor (que no puede engañarse a sí mismo). Y es este otro (el engañado) quien, a consecuencia del error que sufre y determinado por él, realiza el acto de disposición patrimonial causante del perjuicio (propio o de un tercero). Todo ello presidido por el ánimo de lucro, como elemento subjetivo del injusto que mueve al sujeto activo (50).

(47) La antigua regulación del delito de estafa era enormemente casuística y profusa. El tipo básico se regulaba también en el artículo 528 CP, que castigaba a quien «defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio». En el artículo 529 se enumeraba una amplia gama de supuestos concretos de defraudación (plateros y joyeros que alteran la calidad, ley o peso de los objetos; traficantes que usan pesos o medidas falsos; abuso de firma en blanco; estafa procesal...), enumeración que puede considerarse ejemplificativa, porque el número primero castigaba a quien «defraudare a otro usando nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o cualidades supuestas, aparentando bienes, crédito, saldo en cuenta corriente, comisión, empresa o negociaciones imaginarias, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante que no sea de los expresados en los casos siguientes». Y además en el artículo 533 se creaba un tipo residual, que castigaba a quien «defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño, que no se halle expresado en los artículos anteriores de esta sección».

Acerca de la regulación anterior a la reforma, cfr., por todos, QUINTANO, *Tratado PE*, II, 2.^a, 1977, 584 ss.

(48) En este sentido también, BACIGALUPO, Madrid, 1994, Symposium, 203; *Homenaje a Tiedemann*, 1995, 387 s., y STS de 2 de abril de 1993 (A 3016), que afirma ante un caso de administración fraudulenta o desleal que con la anterior regulación de la estafa el hecho hubiera podido ser subsumido en este delito.

(49) La STS de 2 de abril de 1993 (A 3016) afirma que es «*la ratio essendi*, núcleo y alma del tipo», que se traduce en «el ardid, maquinación, simulación, falacia o artificios incorporados». En la misma línea, VIVES/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1215: «El engaño es el primero y, sin duda, el más significativo de los elementos definitorios de la estafa».

(50) Cfr. acerca de los elementos y la mecánica comisiva del tipo de estafa, por todos, en la doctrina VALLE MUÑOZ, *El delito de estafa*, 1987, 141 ss.; BAJO/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *DP PE*, II, 2.^a, 1993, 270 ss.; VIVES, en VIVES y otros: *DP PE*, 1993, 910 ss.; MUÑOZ CONDE, *DP PE*, 10.^a, 1995, 296 ss.; VIVES/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1213 ss.

Cfr., asimismo, por hacer referencia tan sólo a la jurisprudencia posterior a la reforma de 1983, SSTS de 6 de abril de 1984 (A 2323); 25 de marzo de 1985 (A 2028); 5 de junio de 1985 (A 2968); 12 de noviembre de 1986 (A 7911); 26 de abril de 1988 (A 2923); 6 de febrero de 1989 (A 1479); 24 de noviembre de 1989 (A 8722); 5 de marzo

La exigencia de engaño inicial y la dualidad de personalidades entre el autor y quien realiza el acto de disposición, que pudiera parecer una obviedad por desprenderse inequívocamente del tenor literal del artículo 528 CP y del artículo 248 NCP 1995 (51), debe ser destacada, pues constituye el principal obstáculo (si ha de respetarse el principio de legalidad) para apreciar delito de estafa en muchos casos de administración desleal: en todos aquellos en que quien realiza el acto de disposición es el propio administrador, en el ámbito de las facultades que tiene otorgadas, actuando en nombre de su representado (persona física o jurídica cuyos intereses patrimoniales gestiona). Pues aunque éste (el representado) fuera víctima de un engaño, lo cierto es que no es él quien realiza el acto de disposición, sino el administrador en su nombre y éste no puede engañarse a sí mismo. Se rompería, por tanto, el nexo causal engaño-error-acto de disposición, que es esencial en la tipicidad del delito de estafa (52).

de 1990 (A 2395); 29 de marzo de 1990 (A 2644); 11 de octubre de 1990 (A 7997); 31 de enero de 1991 (A 511); 24 de marzo de 1992 (A 2435); 12 de marzo de 1993 (A 2156); 2 de abril de 1993 (A 3016); 18 de octubre de 1993 (A 7788); 26 de mayo de 1994 (A 4053); 7 de julio de 1994 (A 6256); 19 de diciembre de 1994 (A 10595); 27 de diciembre de 1994 (A 10317); 19 de junio de 1995 (A 5315).

(51) Creo que el tenor literal del artículo 248 NCP 1995 –idéntico al del art. 528 CP 1944– es clarísimo: «producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición». El engañado (quien sufre el error) ha de ser quien realiza el acto de disposición patrimonial y alguien distinto de quien provoca el error. En el mismo sentido, GONZÁLEZ RUS, en CARMONA y otros: *DP PE*, II, «Delitos contra la propiedad», 1992, 213: «Engañado y disponente han de ser la misma persona».

(52) En un sentido similar al del texto, aunque sin diferenciar supuestos, se manifiestan RODRÍGUEZ MOURULLO, *Crisis bancarias*, 1988, 289: «la estafa... resulta inaplicable en nuestros casos porque quienes realizan el acto de disposición, del que va a derivar el perjuicio para la entidad, son los administradores desleales que obran con plena conciencia de lo que hacen y sin haber sido inducidos a error por otros»; BACIGALUPO, *Homenaje a Tiedemann*, 1995, 387 (Madrid, 1994, Symposium, 202 ss.): «no hay engaño en los términos de la estafa o,...., en todo caso, el que engaña, en el sentido de desleal, es el mismo que realiza la disposición patrimonial», y recientemente la importante STS de 31 de enero de 1991 (A 511): en los supuestos de administración fraudulenta, «el quebrantamiento de la relación de confianza entre el comitente y el apoderado... no reúne los elementos del engaño». «Falta el requisito esencial del engaño, porque no lo hay en los términos de la estafa o porque, en todo caso, el que engaña, en el sentido de desleal, es el que realiza la disposición patrimonial dentro de sus facultades de administración, lo que excluiría la tipicidad del artículo 528 del Código Penal»; STS de 2 de abril de 1993 (A 3016): «... la estafa... requiere necesariamente, *sine qua non*, la existencia en la dinámica originadora del delito de dos personas contrapuestas, el sujeto activo y el pasivo, el primero productor de un engaño dirigido a causar en el segundo un error, que viciando su voluntad, le sitúe en disposición propicia o facilitadora de llevar a cabo un desplazamiento patrimonial en favor del agente, con el consiguiente y causal perjuicio propio o de tercero», y en los casos de «administración fraudulenta o desleal» no existe engaño «sino quebrantamiento de la relación de confianza entre comitente o mandante y el apoderado o mandatario, infidelidades que no reúnen los elementos del engaño y, por tanto, no son encuadrables en el tipo de estafa». Y la razón por la que no hay engaño en el sentido requerido por el delito de

b.2. Por lo que se refiere al delito de apropiación indebida (art. 535 antiguo; art. 252 NCP) (53), éste es a nivel conceptual el tipo más próximo al de gestión desleal y al que se vienen remitiendo con más frecuencia doctrina y jurisprudencia (54).

A diferencia de la estafa, aquí no se exige un engaño inicial que condicione toda la mecánica comisiva, sino que se parte de la existencia de una relación previa entre el autor y un objeto patrimonial, de una entrega o puesta a disposición de los bienes en virtud de un título, de forma jurí-

estafa es que «en todo caso el que engaña» es el mismo que «realiza el desplazamiento patrimonial, no por haber sido viciada su voluntad por el engaño... sino dentro de sus facultades de administración» y respecto de una realidad que «conocía perfectamente y a la que había dado su aquiescencia».

(53) El tenor literal del artículo 535 del CP 1944, por lo que se refiere al tipo básico, era el siguiente: «Serán castigados con las penas señaladas en el artículo 528, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos o negaren haberlos recibido».

Prácticamente idéntico es el tenor del artículo 252 NCP 1995, salvo por la expresa referencia a los «valores» y a cualquier otro «activo patrimonial» como objeto de apropiación: «Serán castigados con las penas del artículo 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cincuenta mil pesetas».

(54) Así, HEREDERO, *Delitos financieros*, 1969, 34; GÓMEZ BENÍTEZ, *ADPCP*, 1980, 478; BAJO/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *DP PE*, II, 2.^a, 1993, 405: «la apropiación indebida debe absorber los comportamientos de administración desleal del patrimonio ajeno»; VIVES, en VIVES y otros, *DP PE*, 1993, 962: «el delito de apropiación indebida es la única forma de castigo, en nuestro Derecho, de los casos de administración desleal del patrimonio ajeno»; MARTÍNEZ PÉREZ, *EPCrim XVII*, 1994, 313; DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, 1994, 533 ss.; VIVES/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1251 ss.

En la jurisprudencia destaca la significativa y tantas veces citada STS de 23 de junio de 1973 (A 2896) que, tras afirmar la necesidad de que los «delitos financieros de resultado material» encajen en los tipos penales comunes, se remite al delito de apropiación indebida, afirmando que en él la inicial «posesión legítima» se convierte en «propiedad ilegítima» con «abuso de confianza y rotura de la lealtad debida». Y más recientemente la STS de 2 de abril de 1993 (A 3016), en un claro supuesto de administración desleal, tras negar el delito de estafa, deja abierta la puerta al delito de apropiación indebida, aunque sin pronunciarse sobre él, por no haber sido objeto de acusación. A menudo la jurisprudencia emplea los conceptos de «abuso de confianza» o «quebrantamiento de la lealtad debida» como elementos característicos del delito de apropiación indebida. Así, entre otras, SSTS de 16 de octubre de 1991 (A 7287); 8 de mayo de 1992 (A 3766); 16 de junio de 1992 (A 5386); 13 de junio de 1994 (A 6007); 18 de febrero de 1995 (A 1196); 11 de octubre de 1995 (A 7226); 16 de octubre de 1995 (A 7684).

dicamente válida, y sin engaño (55), lo que suprime el principal obstáculo que se nos presentaba a la hora de encajar los casos de administración desleal en el delito de estafa. Con posterioridad a esa recepción inicial lícita, el autor dispone de la cosa como propia, incumpliendo de modo definitivo la obligación de entregarla o devolverla, implícita en el título en virtud del cuál la recibió (56). Una mecánica comisiva paralela a la que se

(55) La Jurisprudencia suele hacer referencia también a la inexistencia de engaño, como elemento diferenciador de la apropiación indebida frente a la estafa. Cfr., entre otras, STS de 9 de mayo de 1989 (A 8404): «El engaño es elemento necesario en la estafa, pero no configura el tipo en la apropiación indebida, sino que basta la distracción para fines propios de los bienes recibidos lícitamente»; STS de 16 de abril de 1993 (A 3278); Auto de 1 de junio de 1994 (A 6002); SSTS de 7 de julio de 1994 (A 3537); 8 de septiembre de 1994 (A 7202): «La diferencia esencial es que en la estafa se da una puesta en escena determinante del desplazamiento patrimonial y en la apropiación indebida la intención lucrativa surge después de tener el sujeto activo del delito en su poder la cosa que, en su momento, entregó sin engaño la otra parte»; 13 de marzo de 1995 (A 1840).

(56) Acerca de los elementos del delito de apropiación indebida cfr., por todos, SAINZ PARDO, *El delito de apropiación indebida*, 1978, 70 ss.; BAJO/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *DP PE*, II, 2.ª, 1993, 417 ss.; VIVES, en VIVES y otros, *DP PE*, 1993, 962 ss.; DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, 1994, 127 ss.; MUÑOZ CONDE, *DP PE*, 10.ª, 1995, 317 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Voz apropiación indebida», *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, I, 1995, 516 ss.; VIVES/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP* 1995, 1996, 1252 ss.

La Jurisprudencia suele diferenciar dos fases en la mecánica comisiva del delito de apropiación indebida: un primer momento de posesión inicial legítima de la cosa por parte del sujeto activo, recibida en virtud de un título, que no transmite la propiedad de la misma y del que deriva la obligación de devolverla, y un segundo momento en que aquélla es transformada en propiedad ilegítima, con abuso de confianza y traición de la lealtad debida. Cfr., entre otras, SSTS de 23 de junio de 1973 (A 2896): «el delito de apropiación indebida del artículo 535 dispensa pública protección al derecho de propiedad contra el injusto enriquecimiento que a costa ajena se logra por la persona a quien aquél hubiera transferido dinero o cosa mueble en depósito, comisión o administración o por cualquier otro título que produzca obligación de entregarlo o devolverlo, pues después de obtenerlo con ciertas facultades de disposición autónoma, por uno de dichos títulos de posesión legítima, produce la ilegítima retención o adueñamiento, por acto de autoridad propia prohibida con incorporación a su patrimonio, *abuso de confianza y rotura de la lealtad debida*» —el subrayado es mío—, «así como con ánimo de lucro defraudatorio y correlativo perjuicio, cambiándose, en definitiva, la posesión legítima que se tenía en propiedad ilegítima, que no puede consentirse, porque consiste en un acto de despojo injusto»; 27 de junio de 1975 (A 3027); 14 de enero de 1976 (A 87); 4 de julio de 1980 (A 3125); 3 de marzo de 1981 (A 1040); 20 de enero de 1984 (A 367); 25 de junio de 1985 (A 3058); 24 de septiembre de 1986 (A 4831); 24 de marzo de 1987 (A 2208); 9 de mayo de 1989 (A 8404); 12 de noviembre de 1990 (A 8879); 7 de febrero de 1991 (A 899); 16 de octubre de 1991 (A 7287); 10 de febrero de 1992 (A 1087); 8 de mayo de 1992 (A 3766); 16 de junio de 1992 (A 5386); 26 de octubre de 1992 (A 8521); 16 de abril de 1993 (A 3278); 2 de noviembre de 1993 (A 8267); Auto 1 de junio de 1994 (A 6002); STS 13 de junio de 1994 (A 6007): «El delito de apropiación se caracteriza básicamente por la transformación realizada unilateralmente por el agente del título lícito en virtud del cual ha recibido dine-

observa en todos los supuestos de administración desleal y que permitiría castigar, por ejemplo, al administrador de fincas que se apodera del dinero de una comunidad de propietarios, que le había sido entregado para la realización de obras en el edificio; al director de una sucursal bancaria que, para captar clientes, les ofrece créditos en condiciones más beneficiosas que las establecidas oficialmente por la entidad y consigue depósitos con intereses superiores a los que aquella daba habitualmente, con el consiguiente perjuicio para el banco (57), ya que está disponiendo de los fondos de la entidad como si fueran propios, realizando actos inequívocamente dominicales, aunque no sea en su propio beneficio; o al presidente del consejo de administración de una entidad bancaria que ordena la retirada de fondos de la caja del banco para entregárselos a una tercera persona, sin justificante alguno y con la garantía verbal de que él respondería personalmente de esa cantidad (58), y sin que los mismos fueran restituidos, o que ordena el pago de facturas sin causa a empresas, «sin que respondan los conceptos que se facturaron a la realidad» (59); o al administrador de una sociedad que vende a muy bajo precio un inmueble perte-

ro, efectos o cosas muebles, en una titularidad ilegítima sobre esas cosas rompiendo dolosamente el *fundamento de confianza* —el subrayado es mío— que determinó que le fueran voluntariamente entregadas»; 8 de septiembre de 1994 (A 7202); 15 de noviembre de 1994 (A 9012); 18 de febrero de 1995 (A 1196): «apropiación de cosas que se han recibido en confianza y con la finalidad de ser entregadas o devueltas»; 11 de octubre de 1995 (A 7226): «La apropiación indebida se caracteriza por la transformación que el sujeto activo hace en tanto convierte el título inicialmente legítimo y lícito por el que recibió el dinero, efectos o cosas muebles, en una titularidad ilegítima cuando rompe dolosamente el fundamento de confianza que determinó que aquellos le fueran entregados. De ahí que cronológicamente existan dos momentos distintos en el desarrollo del *iter criminis*, uno, inicial, consistente en la recepción válida, otro subsiguiente que consiste en la indebida apropiación con perjuicio a otro si con ánimo de lucro se origina tal apoderamiento o la distracción de lo que se tenía en posesión»; 16 de octubre de 1995 (A 7684): «La figura de apropiación indebida... se trata de un delito de resultado y enriquecimiento torticero, cuyo dolo específico va ínsito con la acción al quebrantar la lealtad debida, concurra o no abuso de confianza, en cuanto sin causa legítima se transmuta y cambia la tenencia en bien propio, con perjuicio directo de su dueño, cuyo derecho es bien jurídico penalmente protegido».

(57) Supuesto de hecho de la STS de 16 de junio de 1992 (A 5386).

(58) Hecho cuarto del Auto de prisión dictado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de la Audiencia Nacional contra Mario Conde, presidente del consejo de administración de Banesto, de fecha 23 de diciembre de 1994. Hecho Cuarto a) del Auto de apertura de juicio oral del «Caso Banesto», de fecha 28 de mayo de 1996.

La situación sería diferente si la misma operación se hubiera realizado a través de un contrato de préstamo al presidente del consejo de administración, en cuyo caso sería mucho más difícil su consideración como apropiación indebida, pues el préstamo es considerado título no apto, al transmitir la propiedad.

(59) Hecho quinto del Auto de prisión dictado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de la Audiencia Nacional contra Mario Conde, presidente del consejo de administración de Banesto, de fecha 23 de diciembre de 1994.

neciente a ésta, con perjuicio de la misma y beneficio propio o de tercero (60). Pues en todos estos casos se está disponiendo de fondos ajenos, cuya gestión se tiene encomendada, más allá de la esfera de competencias y facultades propias, de una forma que inequívocamente implica actos de apropiación, con perjuicio del titular de dichos fondos. Y es irrelevante que haya o no beneficio personal, siempre que se produzca un perjuicio patrimonial (61). Pero hay que tener presente que el requisito de que la actuación se realice «en perjuicio» es insoslayable, por lo que de no producirse éste, sino un beneficio para la sociedad, no podría hablarse de apropiación indebida (62).

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que este delito exige el apoderamiento de la cosa mueble ajena o de activos patrimoniales que se tienen confiados, con incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver. Esto es, el autor en el delito de apropiación indebida obra siempre fuera del ámbito de sus competencias de disposición, incumpliendo una obligación inherente al título en virtud del cual recibe la cosa o el acti-

(60) Ejemplo propuesto por CÓRDOBA, *LL* núm. 4043, 1996, 3. Según este autor, con la anterior regulación hubiera sido difícil castigar esta conducta como apropiación indebida, ya que el objeto material del delito se limitaba a los bienes muebles. Pero la ampliación del mismo a los «activos patrimoniales» en el artículo 252 NCP permite incluir los bienes inmuebles como objeto de apropiación indebida y castigar así supuestos como el señalado.

(61) En contra de un importante sector doctrinal, entiendo con BAJO/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *DP PE*, II, 2.^a, 1993, 430, que la exigencia de un elemento subjetivo del injusto distinto del dolo, configurado como ánimo de lucro, *animus rem sibi habiendi*, ánimo de apropiación o ánimo de defraudación, carece de sentido. Exigir ánimo de lucro como ánimo de obtener una ventaja patrimonial para el sujeto activo, supone realizar una inadmisibles interpretación contra *legem*, pues ni el artículo 535 del CP 1944 y ni el artículo 252 NCP 1995, a diferencia de lo que ocurre en la estafa, exigen expresamente ese requisito, ni creo que el mismo pueda derivarse de la expresión «en perjuicio» —que, por lo demás, ha de ser interpretada, en mi opinión, en sentido objetivo, por coherencia sistemática con la estafa—, pues el perjuicio del sujeto pasivo puede suponer una ventaja patrimonial para el autor o para un tercero. Una argumentación paralela podría hacerse en cuanto al ánimo de defraudar. La exigencia de *animus rem sibi habiendi* va implícita en el dolo propio del delito, que requiere conocimiento y voluntad de disponer de la cosa en concepto de dueño. Cfr., RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Apropiación indebida», *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, I, 1995, 517.

Pero incluso si ese ánimo se exigiera, sería compatible con «cualquiera que fuere después el destino que se quiera dar a los efectos o la utilidad que se pretenda obtener» (STS de 16 de junio de 1992, A 5386).

(62) Estoy pensando, por ejemplo, en los supuestos de pago de facturas falsas o sin causa que ocultan en realidad donaciones a partidos políticos o a instituciones, gracias a las cuales la sociedad obtiene la adjudicación de obras o contratos de servicios, que le reportan beneficios económicos. Todo ello, por supuesto, a salvo de la eventual responsabilidad por cohecho u otros delitos contra la Administración pública que de dichas actuaciones pudiera derivarse.

Ciertamente, esto depende de cómo se interprete la exigencia de perjuicio patrimonial, cuestión que dista mucho de estar clara.

vo patrimonial, que es la de entregarlo o devolverlo (63). Esta limitación del objeto de la acción y la exigencia de apropiación excluye su aplicación en todos aquellos casos en que la deslealtad en la administración no implica el apoderamiento definitivo y la actuación del administrador no se sale de su ámbito de competencias, sino que se abusa de ellas o se ejercen deslealmente (64). Por ejemplo, suscribiendo contratos de suministro o servicios con una contraprestación excesivamente alta, a cambio de comisiones que se reciben de las empresas concesionarias, o en los supuestos de usos temporales ilícitos, indebidos o no autorizados de sumas de dinero o en los negocios de riesgo... Tampoco resulta aplicable el delito de apropiación indebida en aquellos casos en que no hay título, sino una mera relación fáctica de confianza o en los supuestos de administración de hecho.

E incluso en algunos casos en que clarísimamente nos encontramos ante distracciones de fondos cuya administración estaba confiada a los gestores constitutivas de apropiación indebida, las operaciones de «ingeniería financiera» se han articulado tan hábilmente que presentan la apariencia de un incumplimiento de un negocio civil, de una deuda impagada por insuficiencia de medios para satisfacerla. Así lo pone de relieve Rodríguez Mourullo (65) en los casos –muy frecuentes en las crisis bancarias– en que los administradores obtienen préstamos o garantías de la sociedad que administran, para débitos propios o para sociedades controladas por ellos y que carecen de la debida solvencia, préstamos que se renuevan periódicamente, incrementados en la cuantía de los intereses devengados e impagados, por lo que al final el banco sólo tiene un apunte contable en el que figura la deuda constituida por el capital y los intereses acumulados, que nunca será satisfecha por carecer el prestatario de la debida solvencia. «En muchos de estos casos, por no decir en todos» –afirma Rodríguez Mourullo (66)– «estamos, sin duda, ante distracciones de fondos constitutivas de apropiación indebida, pero a veces se han instrumentalizado tan hábilmente que presentan la apariencia de un negocio civil y en la práctica cuesta desenmascarar que lo que se quiere presentar como una deuda siempre reconocida y que al final resulta impagada por carecer el deudor de medios para satisfacerla, es desde el principio pura y simplemente una apropiación indebida de los fondos cuya administración los gestores del Banco tenían confiada».

(63) STS de 30 de marzo de 1991 (A 2480): «El agente se conduce como dueño de la cosa y se atribuye respecto de ella un poder jurídico que no le pertenece».

(64) Así ya HEREDERO, *Delitos financieros*, 1969, 34; BACIGALUPO, Madrid, 1994, Symposium, 203; *Homenaje a Tiedemann*, 1995, 387; MARTÍNEZ PÉREZ, *EPCrim XVII*, 1994, 314 ss.

(65) ADPCP, 1984, 683. Asume sus palabras TERRADILLOS, *Delitos societarios*, 1987, 45, pero añadiendo en la página siguiente que no son sólo problemas de prueba, sino que la apropiación indebida no es aplicable para sancionar «la conducta de los administradores que obtienen préstamos de la sociedad o consiguen de la misma la prestación de garantías para deudas propias».

(66) ADPCP, 1984, 683.

Además, muchas de esas operaciones se refieren a dinero y adquieren la forma jurídica de simple préstamo o mutuo, que según la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria no es un título apto para dar lugar al delito de apropiación indebida, pues mediante el préstamo de dinero se transfiere la propiedad del mismo (67), surgiendo un mero derecho de crédito para el prestamista, por lo que no cabría hablar de apropiación indebida de algo cuya propiedad se ostenta (68). En relación con este tema de la apropiación de dinero y el diferente tratamiento que recibe en virtud del título por el cual se hace la entrega del mismo, otros autores, aun estando de acuerdo en la consecuencia de que el préstamo o mutuo no es un título válido que fundamente el delito de apropiación indebida, afirman que el argumento de la transmisión de la propiedad no puede explicar por sí sólo el trato diferenciado respecto de otros contratos relativos a dinero, como la comisión, la administración o la sociedad, en los que sí se admite la apropiación indebida, pues la entrega de dinero, como cosa fungible por excelencia, transmite siempre la propiedad (69). Ese trato diferenciado se fundamentaría, más bien, en el criterio de la disponibilidad absoluta o relativa a un fin concreto con la que se recibe el dinero: en el préstamo o mutuo la disponibilidad sobre el dinero es absoluta, el prestatario recibe el dinero para su uso, pues ese es el fin del contrato, por lo que ningún comportamiento del prestatario podrá dar lugar al delito de apropiación indebida; por el contrario, en la comisión o en la sociedad, la disponibilidad está restringida al cumplimiento de los fines determinados en el contrato, por lo que el incumplimiento de los mismos puede interpretarse como una distracción de fondos, constitutiva de apropiación indebida (70).

(67) Artículo 1753 CC: «El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible adquiere su propiedad y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad».

(68) Así, QUINTANO, *Tratado PE*, II, 2.^a, 1977, 919; SAINZ PARDO, *Apropiación indebida*, 1978, 108; VIVES, en VIVES y otros: *DP PE*, 1993, 966; MUÑOZ CONDE, *DP PE*, 10.^a, 1995, 316; RODRÍGUEZ DEVESA, *DP PE*, 18.^a, 1995, 409.

(69) Afirman esta transmisión de la propiedad del dinero, en la doctrina penal, entre otros, BAJO/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *DP PE*, II, 2.^a, 1993, 286; MANJÓN CABEZA, *Nuevo enfoque de la apropiación indebida*, 1988, 222; DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, 1994, 207 ss.

En la doctrina civil española esta cuestión no ha sido tratada en profundidad. Cfr., por todos, BONET CORREA, *Las deudas de dinero*, 1981, 237 ss., quien al analizar la naturaleza jurídica del dinero (caracterizándolo por su genericidad absoluta, ultrafungibilidad, consumibilidad y divisibilidad abstracta) sí afirma expresamente que quien recibe dinero con la obligación de devolverlo se convierte en propietario del mismo, citando el artículo 1753 CC (p. 238). Pero en general no se afirma con rotundidad que toda entrega de dinero equivalga a la transmisión de su propiedad, aunque sí es incuestionada su irreivindicabilidad frente al tenedor o poseedor.

(70) La idea es apuntada ya por QUINTANO, *Tratado PE*, II, 2.^a, 1977, 921 ss., al afirmar que la apropiación indebida requiere una «disponibilidad limitada lícita», que sirve de soporte a una «disponibilidad abusiva ilícita», aunque él parte de la base de que el único bien protegido es la propiedad. Pero su desarrollo se debe a MANJÓN

Esta interpretación está en conexión con la cuestión del bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida, que para estos autores no sería sólo la propiedad, como entienden doctrina y jurisprudencia mayoritarias (71), sino también el derecho de crédito en aquellos casos en que el objeto material de la acción sea dinero o cualquier otro bien fungible (72). Ha de tenerse en cuenta que el dinero es mencionado expresamente como posible objeto material del delito tanto en el artículo 252 NCP –al igual que en el antiguo art. 535 CP 1944– como en los supuestos especiales de apropiación indebida contemplados por el –hoy derogado– párrafo segundo del artículo 6.º la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre cantidades anticipadas a cuenta en la construcción de viviendas (73), por el artículo

CABEZA, *Apropiación indebida*, 1988, 118 s.; BAJO/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *DP PE*, II, 2.ª, 1993, 429; DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, 1994, 234 ss., matizando que no basta cualquier incumplimiento contractual, sino que «el Derecho Penal sólo entrará en juego cuando los intereses de quien entrega el dinero se vean perjudicados de un modo tal que la función que ese dinero le presta no pueda ser desarrollada de un modo satisfactoriamente pleno». A favor, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Apropiación indebida», *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, I, 1995, 516.

La STS de 15 de noviembre de 1994 (A 9012) adopta también este criterio, afirmando que la «fórmula abierta» del artículo 535 CP «permite incluir todas aquellas relaciones jurídicas por las cuales la cosa mueble pasa a poder de quien antes no la tenía, bien transmitiendo la propiedad cuando se trata de dinero u otra cosa fungible..., en cuyo caso esta transmisión se hace con una finalidad concreta, consistente en dar a la cosa un determinado destino (por esto se excluyen el mutuo y el depósito irregular, porque en éstos la cosa fungible se da sin limitación alguna a quien la recibe para que éste la emplee como estime oportuno) o bien sin tal transmisión de propiedad, esto es, por otra relación diferente, cuando se trate de las demás cosas muebles, las no fungibles, lo que obliga a conservar la cosa conforme al título por el que se entregó».

(71) Cfr., QUINTANO, *Tratado PE*, II, 2.ª, 1977, 898; SAINZ PARDO, *Apropiación indebida*, 1977, 67 s.; ZUGALDIA, *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, 1988, 32 ss.; MUÑOZ CONDE, *DP PE*, 10.ª, 1995, 315 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *DP PE*, 18.ª, 1995, 403.

(72) Aunque esta tesis había sido ya defendida por algunos otros autores –DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, 1994, 93, núm. 251, señala como precursores a FERRER SAMA y SAINZ PARDO–, y por alguna Sentencia, como la STS de 21 de marzo de 1975 (A 1464), que afirma que la esencia de la apropiación indebida es «el incumplimiento del sujeto activo de su obligación jurídica de restituir, entregar o devolver y que es correlativo al derecho a la restitución, generalmente en el *tradens* y que le faculta para exigir del obligado la ejecución de la misma, derecho que es el bien *jurídicamente protegido* –el subrayado es mío–, y que se fundamenta en los títulos o relaciones jurídicas que justifican la tenencia», la han desarrollado fundamentalmente MANJÓN-CABEZA, *Apropiación indebida*, 1988, 217 ss.; BAJO/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *DP PE* II, 2.ª, 1993, 415 s.; VIVES, en VIVES y otros, *DP PE*, 1993, 963 ss.; DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, 1994, 92 ss.

(73) «La no devolución por el promotor al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas, con infracción de lo dispuesto en el artículo 1.º de la presente ley, será constitutivo de falta o delito sancionados en los artículos 587.3.º y 535 del vigente Código Penal, respectivamente, imponiéndose las penas del artículo 528 en su grado máximo». Este precepto es derogado expresamente por la disposición derogatoria del nuevo Código Penal de 1995.

59 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento (74) y el artículo 12 de la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos (75).

Pues bien, si admitimos que la propiedad no es el único bien jurídico protegido por el delito de apropiación indebida y que, en los supuestos de entregas de dinero con disponibilidad limitada y orientada a un fin, el incumplimiento de la obligación de devolver derivada del título en virtud del cual se recibe constituye una apropiación indebida —lo que estimo correcto, aunque esta solución es rechazada radicalmente por la doctrina mayoritaria, por considerar que desvirtúa este delito, criminalizando meros incumplimientos civiles de obligaciones y aproximándose a la prisión por deudas (76)—, se amplía bastante el ámbito de aplicación del delito de apropiación indebida a los supuestos de administración desleal de intereses patrimoniales ajenos.

Pero incluso en esta hipótesis siguen quedando fuera todos aquellos supuestos de usos abusivos o desleales de los intereses patrimoniales ajenos que no supongan una apropiación definitiva, con incumplimiento definitivo de la obligación de devolver, pues lo que resulta inadmisibles es una interpretación tan amplia del delito de apropiación indebida, que nos lleve a afirmar que en todos los supuestos de administración o gestión de un patrimonio ajeno estamos ante un patrimonio de destino, adscrito a un fin (su buena gestión), convirtiendo cualquier desviación de ese fin en una distracción de fondos constitutiva de apropiación indebida, pues ello desvirtúa este tipo, transformándolo en un delito de gestión desleal, y es dudosamente compatible con el principio de legalidad (77). Las lagunas

(74) Que otorga al dueño de los efectos pignorados la consideración de depositario de los mismos a todos los efectos legales, por lo que la jurisprudencia afirma que el propietario y pignorante de la cosa comete apropiación indebida si dispone de la misma, al tener la consideración de depositario.

(75) «El comprador que dolosamente, en perjuicio del vendedor o de un tercero que haya financiado la operación, dispusiera de la cosa o la dañare (antes del pago total del precio aplazado), será castigado con la penas previstas en el Código Penal para los delitos de apropiación indebida o de daños, respectivamente...»

(76) Así, SAINZ PARDO, *Apropiación indebida*, 1977, 69; ZUGALDIA, *Delitos contra la propiedad*, 1988, 33. También GONZÁLEZ RUS, en CARMONA y otros, *DP PE*, II, 1992, 299, habla de un «peligro de que la apropiación indebida se convierta en una forma de recuperar la prisión por deudas», y el propio VIVES, en VIVES y otros, *DP PE*, 1993, 964, manifiesta sus dudas respecto de tal solución, desde el punto de vista del principio de legalidad. Al paso de estas críticas salen MANJÓN CABEZA, *Apropiación indebida*, 1988, 221, destacando que sólo se protege penalmente el derecho a la devolución que derive de título idóneo a los efectos del delito, y no cualquier incumplimiento contractual, y BAJO/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *DP PE*, II, 2.ª, 1993, 415 ss., quienes afirman que la insolvencia, unida a la deslealtad y a la irregularidad del comportamiento causante de la insolvencia constituyen el desvalor de acción necesario para justificar la intervención penal y alejar el delito de la prisión por deudas.

(77) Así, también VIVES, en VIVES y otros, *DP PE*, 1993, 964: «la innegable justicia material de la solución no puede olvidar los reparos que suscita desde el punto de vista del respeto al principio de legalidad».

de punición no pueden salvarse a costa de este principio, sino a través de una adecuada actuación legislativa.

b.3 También podrían ser aplicables a algunos de estos casos las insolvencias punibles (arts. 257 ss. NCP 1995; arts. 519 ss. en el antiguo CP 1944), que garantizan el derecho de los acreedores a hacerse pago con el patrimonio del deudor (78) (79). De llegar a producirse la declaración de quiebra de la sociedad u otra situación de insolvencia punible, en virtud del artículo 31 NCP, responderían sus administradores de hecho o de derecho, siempre y cuando se den en ellos los restantes elementos del delito.

No obstante, Rodríguez Mourullo (80) —en relación con la anterior regulación del CP 1944— sostiene que estos delitos son de poca utilidad, por su regulación arcaica y confusa, que responde a situaciones de hecho y presupuestos muy diversos de los actuales, y porque en las grandes sociedades y en las crisis bancarias, los poderes públicos suelen intervenir antes de que llegue a producirse la declaración de quiebra, para evitar los indeseables efectos que la misma podría tener en el sistema financiero, lo que convierte en inoperante al delito de quiebra.

La primera de las observaciones de Rodríguez Mourullo podría tal vez salvarse con la nueva regulación que el NCP 1995 da a las insolvencias punibles (81), mucho más adecuada a la realidad económica e independiente de la regulación jurídico-privada y del procedimiento civil, lo que sin duda permitirá la aplicación de unas figuras hasta ahora muy poco empleadas, sobre todo por lo que se refiere a la quiebra (82).

b.4 En cuanto al delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, el antiguo artículo 540 CP 1944 podía ser un expediente válido para castigar conductas de los administradores de sociedades que cotizan en

(78) Cfr., por todos, VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1274: «Es pacífica en la doctrina la opinión de que el bien jurídico protegido en estos delitos se halla constituido por los derechos de los acreedores a la satisfacción de sus créditos con el patrimonio del deudor (art. 1911 del Código Civil)».

(79) TERRADILLOS, *Delitos societarios*, 1987, 48: «Cuando de perjuicio de acreedores se trata, lo coherente será recurrir a los tipos generales de insolvencia, que se basan para tutelar los intereses en juego. Y si resultan afectados otros intereses más difusos, que son objeto de ataque mediante el abuso de los mecanismos societarios, la opción político-criminal correcta es la aplicación de las reglas del concurso de delitos».

(80) *Crisis bancarias*, 1988, 289.

(81) Acerca de la nueva regulación de las insolvencias punibles cfr., CÓRDOBA, LL, núm. 4043, 1996, 4; VIVES/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1272 ss.; LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995*, 1996, 135 ss.; MORENO VERDEJO, en VV. AA., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales* (editado por el diario *Expansión*) 1996, 121 ss.; QUINTERO OLIVARES, «Las insolvencias punibles y el CP de 1995», *Otrosí*, junio 1996, 24 ss.; SILVA SÁNCHEZ, «La posición jurídica del empresario en el nuevo Código Penal» I, diario *Expansión*, 23 de mayo de 1996, 46.

(82) QUINTERO OLIVARES, *Otrosí*, junio, 1996, 25; SILVA SÁNCHEZ, *Expansión*, 23 de mayo de 1996, 46.

Bolsa, cuando interfieren para mantener artificialmente alto o bajo el precio de las acciones, si se logra acreditar que éste no es el que resultaría del libre juego del mercado (83), lo que además —como señala Rodríguez Mourullo (84)— constituiría un delito de estafa si se ofreciera la conversión de bonos, obligaciones... en acciones a esa cotización artificialmente alta.

Pero fuera de estos supuestos, el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas no tenía mayor virtualidad práctica. Además, ha de tenerse en cuenta que éste era un tipo orientado directamente a la protección del interés supraindividual de la libre concurrencia en el mercado y no de intereses patrimoniales (85), por cierto con una regulación que resultaba un tanto obsoleta (86).

La regulación del NCP 1995 —art. 284 NCP (87), con una redacción prácticamente idéntica al antiguo 540 CP 1944, aunque añadiendo la utilización de información privilegiada como modalidad comisiva y el reconocimiento expreso del concurso de delitos en su inciso final; el nuevo ar-

(83) En el mismo sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Crisis bancarias*, 1988, 294; MARTÍNEZ PÉREZ, *EPCrim XVII*, 1994, 318.

(84) *Crisis bancarias*, 1988, 294.

(85) Opinión de la doctrina española mayoritaria. Cfr. BAJO, *Derecho Penal económico*, 1978, 310 ss.: «No es éste un delito contra el patrimonio.... El legislador no está pensando en el daño que en el patrimonio individual puede producir la maquinación..., sino en el peligro que una conducta de esta índole puede revestir para una concreta política económica de precios». Se protege «el propio mercado, más exactamente, la libre formación de los precios en el mercado»; ídem en BAJO/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *DP PE*, II, 2.ª, 1993, 389; GARCÍA PABLOS, «Sobre la figura del delito de maquinaciones para alterar los precios naturales de las cosas», *CPC* (1981), 226: «poder ordenador de la Administración»; AUGER LIÑÁN, «Delitos bursátiles», *PJ*, núm. especial IX, 1988, 228: «Libre juego del tráfico económico»; BOIX, en VIVES y otros, *DP PE*, 1993, 975 s.: «libertad de competencia»; MUÑOZ CONDE, *DP PE*, 10.ª, 1995, 373: «el bien jurídico protegido... es la política económica de precios»; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, *DP PE*, 18.ª, 1995, 548 s. En contra, QUINTERO, «Maquinaciones para alterar el precio de las cosas», *NEJ*, XV, 1981, 844, que entiende que el bien jurídico protegido es el patrimonio.

(86) AUGER LIÑÁN, *PJ*, núm. especial IX, 1988, 228: «Estos viejos preceptos responden a criterios de una economía rudimentaria, en gran parte familiar, propia del pequeño comercio y de la industria naciente».

(87) «Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a dieciocho meses, a los que, difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño o utilizando información privilegiada, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles por otros delitos cometidos».

Acerca de este precepto cfr., LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995*, 1996, 143; MARCHENA GÓMEZ, en VV. AA., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales* (editado por el diario *Expansión*), 1996, 190 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1378 ss.

título 285 (88), que castiga el abuso de información privilegiada y otra serie de nuevos delitos orientados a proteger la libertad de mercado o libre competencia y los derechos de los consumidores— ubica este precepto entre los delitos relativos al mercado y a los consumidores, dejando claro así que el bien jurídico protegido es de naturaleza supraindividual y que los intereses patrimoniales de los que aquí nos estamos ocupando necesitan otra vía de protección distinta.

c) Del anterior análisis de las falsedades y los delitos patrimoniales se puede extraer la conclusión de su insuficiencia para hacer frente a algunos supuestos merecedores de sanción penal en el plano estrictamente patrimonial, aunque ciertamente muchos otros casos sí son punibles.

Dejando a un lado las falsedades, desde el punto de vista dogmático, ni la estafa, ni la apropiación indebida son instrumentos aptos para perseguir las conductas de pura administración desleal del patrimonio ajeno, cuando el administrador obra dentro de su ámbito de competencia, aunque realizando un ejercicio abusivo o desleal de su poder. La estafa, por la exigencia de engaño inicial y error en el disponente; la apropiación indebida, por la limitación del objeto de la acción a la misma cosa recibida, las dificultades que plantea en los casos de dinero y la exigencia del

(88) «Quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministre obteniendo para sí un beneficio económico superior a cinco millones de pesetas o causando un perjuicio de idéntica cantidad, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de tanto al triplo del beneficio obtenido.»

Acerca del abuso de información privilegiada, cfr., entre otros, GONZÁLEZ CUSSAC, «El abuso de información privilegiada», *CPC*, 37 (1989), 119 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, «La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores ante el Derecho Penal», *PJ*, núm. especial IX, 1989, 237 ss.; ARROYO ZAPATERO, «El abuso de información privilegiada en el Derecho español vigente y en el proyecto de Código Penal», *Homenaje a Tiedemann*, 1995, 45 ss. (Madrid, 1994, Symposium, 387 ss.); FOFFANI, «Tutela penal del mercado y abuso de información privilegiada: La experiencia italiana», *Homenaje a Tiedemann*, 1995, 501 ss.; GIUDICELLI-DELAGE, «El delito de iniciados en el Derecho francés», *Homenaje a Tiedemann*, 1995, 401 ss. (Madrid, 1994, Symposium, 399 ss.); HURTADO, «El delito de explotación de información privilegiada en el Código Penal suizo», *Homenaje a Tiedemann*, 1995, 411 ss. (Madrid, 1994 Symposium, 407 ss.); OTTO, «El abuso de información privilegiada como delito de peligro abstracto», *Homenaje a Tiedemann*, 1995, 453 ss. (Madrid, 1994, Symposium, 447 ss.); SEMINARA, «Aspectos problemáticos en materia de *insider trading*», *Homenaje a Tiedemann*, 1995, 523 ss. (Madrid, 1994, Symposium, 429 ss.); FARALDO CABANA, «Algunos aspectos del delito de uso de información reservada en el mercado de valores», *EPCrim XVIII*, 1995, 46 ss.; TERRADILLOS, *Derecho Penal de la empresa*, 1995, 186 ss.; LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995*, 1996, 143 ss.; MARCHENA GÓMEZ, en VV. AA., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales* (editado por el diario *Expansión*), 1996, 191 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1382 ss.

apoderamiento definitivo de la cosa. A lo que ha de añadirse las graves dificultades de prueba que plantean muchos de estos casos.

Por tanto, la necesidad de ese tipo es de carácter general, aunque plantea especificidades en el ámbito societario, derivadas de la estructura orgánica de las sociedades, y se refiere a las conductas en las que no se da el engaño inicial y el error en quien realiza el acto de disposición, propio del delito de estafa (porque es el propio administrador desleal quien, en el ejercicio de sus facultades, dispone), ni la apropiación que exige el delito de apropiación indebida, sino un ejercicio abusivo o desleal del poder de actuación sobre intereses patrimoniales ajenos, un quebrantamiento de los deberes de lealtad del administrador o gestor en el ejercicio de sus competencias, del que deriva un perjuicio patrimonial para el titular del mismo.

Por lo demás, ha de constatarse que los citados tipos se limitan a la protección de intereses patrimoniales privados, por lo que los intereses supraindividuales del orden socio-económico que pudieran estar en juego carecen en ellos de tutela penal. La misma implicaría la creación de tipos específicos, limitados al ámbito societario, que es donde entrarían en juego los intereses del orden económico.

IV

La introducción de los nuevos delitos societarios en el NCP 1995 representa una modificación de la anterior situación.

Por una parte, conviene recordar que los tipos de estafa y apropiación indebida —a los efectos que aquí interesan— se mantienen casi idénticos, por lo que, a las conductas que encajaban en ellos con anterioridad, les siguen siendo de aplicación. Y esto hay que tenerlo presente, pues con la introducción de los delitos societarios podría darse cierta tendencia al «olvido» de las figuras patrimoniales clásicas y a su sustitución por los nuevos tipos en el ámbito de las sociedades, sin plantearse seriamente el eventual problema concursal, lo que resulta indeseable y podría llevar —como veremos— a absurdos resultados privilegiantes.

En segundo lugar, y por lo que se refiere a las falsedades documentales, el NCP procede a una importante destipificación de ciertas falsedades ideológicas llevadas a cabo por particular en documento mercantil, pero ese ámbito punitivo es ahora llenado por el nuevo delito societario del artículo 290 NCP en cuanto a la falsificación de las cuentas anuales u otros documentos o comunicaciones sociales, como ya señalamos anteriormente.

Y, por último, el NCP 1995 introduce entre los delitos societarios la figura de la administración desleal en el artículo 295, en la que centraremos nuestra atención. El tenor literal de este precepto es el siguiente:

«Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un ter-

cero, 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 bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triple del beneficio obtenido.»

La redacción definitiva del texto ha sufrido profundas modificaciones en los sucesivos Proyectos y Anteproyectos (89). Incluso el texto definitivamente aprobado es completamente diferente del contenido en el Proyecto de 1994 (90), presentado por el Gobierno a las Cortes, lo que —en mi opinión— es producto más de la inseguridad del legislador y de la falta de unos claros objetivos político-criminales, que de una profunda reflexión acerca de cómo tipificar el delito.

(89) En el Proyecto de 1980, el artículo 368 —incluido en el capítulo VI del título VIII: «De los delitos financieros»— tenía el siguiente tenor literal: «Los administradores que, en perjuicio de los socios, utilizaren el capital social o los beneficios sociales en su propio provecho o en el de otra sociedad o empresa en la que, directa o indirectamente estuvieren interesados, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el hecho constituyera un delito más grave.»

En el Anteproyecto de 1983, el artículo 297 (ubicado en el capítulo IV: «De los delitos financieros», del título XII: «De los delitos socio-económicos») rezaba: «1. Los administradores y directores que, en beneficio propio y con perjuicio de los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los valores o capital que administren, dispusieren de propiedades sociales o del patrimonio de afectación o contrajeren obligaciones a su cargo, serán penados con prisión de seis meses a tres años y multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el hecho fuere punible de acuerdo con el artículo 247 (apropiación indebida); 2. Las penas previstas en el párrafo anterior lo serán en su mitad superior, cuando los hechos fueren cometidos por administradores o directores de empresas públicas.»

En el Anteproyecto (art. 296) y Proyecto (art. 302) de 1992 se establecía: «1. Los administradores de hecho o de derecho de una sociedad mercantil que, en beneficio propio o de un tercero, y con perjuicio de la sociedad o de cualquiera de sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, dispongan de éstos o contraigan obligaciones a su cargo, serán castigados con pena de prisión de seis meses a cuatro años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de dos a cinco años; 2. La pena se impondrá en su mitad inferior si el administrador utilizase el capital o bienes de la sociedad en beneficio propio o de un tercero, sin causar los perjuicios descritos en el párrafo anterior.»

(90) El artículo 296 del Proyecto de 1994 tenía el siguiente tenor literal: «Los administradores de hecho o de derecho de una sociedad mercantil que con abuso de confianza causaren un perjuicio a la sociedad o a alguno de sus socios, en beneficio propio, de algún socio o de un tercero, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años o multa de doce a veinticuatro meses.» Este precepto —finalmente modificado en la tramitación parlamentaria— rompía con la línea de los anteriores Proyectos, configurando un tipo de amplitud desmedida, sin ofrecer criterios para delimitar la conducta desleal del riesgo consustancial a la actividad empresarial, lo que hubiera generado inseguridad jurídica y preocupación en la clase empresarial.

Además, debe destacarse que el NCP 1995 no aborda la problemática general que plantea la administración desleal del patrimonio ajeno, limitando el problema al ámbito societario, cuando como venimos señalando reiteradamente la laguna punitiva y la necesidad de intervención supera este ámbito, ante las insuficiencias que plantean los tradicionales delitos patrimoniales.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que el artículo 297 NCP (91) extiende el concepto de sociedad, a los efectos de los delitos societarios, a «toda cooperativa, caja de ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado». Con este precepto –por lo demás, plagado de redundancias y deficiencias técnicas (por ejemplo, las cajas de ahorro son entidades de crédito y las cooperativas son sociedades mercantiles) (92)– el legislador ofrece un concepto amplísimo de sociedad. La enumeración de formas sociales tiene carácter meramente ejemplificativo (ya que se hace referencia a «cualquier otra entidad de análoga naturaleza»), extendiéndose la protección a todo tipo de entidades que operen en el mercado y en la que puedan darse las conductas sancionadas, cualquiera que sea la forma social que adopten (93). Parece claro, pues, que el precepto hace referencia a cualquier tipo de sociedad mercantil, pero podría plantearse si también se incluyen en el concepto jurídico penal de sociedad cualquier otra persona jurídica (asociación, sociedad civil, comunidad de propietarios) e incluso entidades sin personalidad jurídica ni naturaleza corporativa como, por ejemplo, las comunidades de bienes, las cuentas en participación o las uniones temporales de empresas. En sentido afirmativo se pronuncia RODRÍGUEZ RAMOS (94), para quien «sociedad será colectividad de bienes o personas que actúen permanentemente en el mercado, siempre que haya un cierto grado de ajenidad en la administración de ese patrimonio separado», con lo cual lo que aquí se estaría protegiendo no es el «patrimonio de las sociedades mercantiles, sino el patrimonio administrado por un tercero, siempre que pertenezca a una colectividad», destruyendo el pretendido carácter de delitos societarios, lo que pondría de relieve de nuevo la falta de claridad del legislador en los objetivos de política criminal.

(91) Este artículo fue introducido durante la tramitación parlamentaria en el Senado (a raíz de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista), ya que no existía un precepto paralelo en el Proyecto de 1994.

(92) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 39. Cfr. también RODRÍGUEZ RAMOS, *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 1 (1996), 79, 81, quien habla de «torpeza lógico-formal» y «paroxismo de pleonasmos o tautologías».

(93) En este sentido también, MATA Y MARTÍN, *RdS*, 5 (1995), 167; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 39 s.; DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1446: «concepto lato de sociedad que viene a cubrir todo el espectro de formas posibles de las entidades societarias».

(94) *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 1 (1996), 81.

Esta interpretación dota de una considerable amplitud al precepto (supliendo muchas de las lagunas de punición que hemos señalado, aunque sin llegar a ser un tipo de administración desleal genérico), pero creo que debe rechazarse si quiere mantenerse un mínimo de coherencia sistemática con la rúbrica del capítulo y respetarse el carácter de delitos societarios de estos preceptos, lo que viene impuesto por la interpretación teleológico-valorativa. Así, García de Enterría (95) opta por exigir como requisito mínimo para poder hablar de «análoga naturaleza», la personalidad jurídica y la consiguiente facultad de mantener relaciones externas propias, dato común a todas las entidades mencionadas expresamente en el artículo 297. Probablemente esta interpretación restrictiva sea preferible, aunque la opción por una u otra se hace muy difícil acudiendo a los principios interpretativos tradicionales, pues el legislador ha prescindido en la redacción del precepto de toda coherencia lógico-sistemática y de una clara orientación teleológica o, al menos, los criterios empleados aquí no guardan relación con los que determinan la rúbrica del capítulo («Delitos societarios») y la redacción de los demás preceptos (en muchos de los cuales se hace referencia a órganos o instituciones exclusivos de la sociedad anónima, que es la forma societaria en la que en el fondo está pensando el legislador).

Vamos a analizar a continuación la estructura típica del delito de administración desleal.

a) En cuanto al sujeto activo, aparece configurado como un delito especial propio. Sujeto activo son los administradores de hecho o de derecho o los socios de una sociedad constituida o en formación.

1. La equiparación de los administradores de hecho a los de derecho venía siendo reclamada por la doctrina penal y responde a razones de política criminal, ya que de lo contrario –como señala Rodríguez Mourullo– «se favorecería a quienes por desidia no se hubiesen preocupado de regularizar la sociedad o la designación de administradores y –lo que es peor todavía– a quienes dolosamente hubiesen creado la situación irregular para sustraerse del ámbito de los delitos societarios» (96).

Esta referencia a los administradores de hecho para ampliar el círculo de sujetos activos resulta preferible a la de «administradores y directores» del Anteproyecto de 1983, pues ésta inducía a confusión y era imprecisa, ya que el término director es extraño a la tradición mercantil.

(95) *Los delitos societarios*, 1996, 40.

(96) RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP*, 1984, 688. En el mismo sentido, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *PJ*, 28 (1992), 181 s.; en VV. AA., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales* (editado por el diario *Expansión*), 1996, 361; MATA y MARTÍN, *RdS*, 5 (1995), 168; TERRADILLOS, *Derecho Penal de la empresa*, 1995, 81; DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1415.

Ahora bien, ¿quiénes son administradores de derecho y administradores de hecho? Desde luego, lo serán los órganos de administración propios de cada tipo social (97), que —en la medida en que tengan formalizado su nombramiento e inscripción en el Registro Mercantil con arreglo a las disposiciones legales (98)— serán administradores de derecho y, si dicho nombramiento presenta alguna irregularidad de tipo formal (nombramiento defectuoso o caducado, no aceptación, no inscripción) serán administradores de hecho. Esta es la interpretación tradicional de la doctrina mercantil, que considera administradores de hecho sólo a aquellos cuyo nombramiento es nulo, extendiéndolo en ocasiones a quienes tienen un mandato caducado (99).

(97) En la sociedad anónima, en virtud del artículo 124 RRM se establecen cinco formas posibles de estructura del órgano de administración: *a*) administrador único; *b*) varios administradores que actúan individualmente (solidariamente); *c*) dos administradores que actúan conjuntamente; *d*) un Consejo de administración con un mínimo de tres miembros; *e*) un Consejo de administración y una Comisión Ejecutiva o uno o varios Consejeros delegados. El Consejo de administración es la forma más frecuente y se entiende constituido por ministerio de la ley siempre que la administración de la sociedad se confíe conjuntamente a dos o más personas (art. 136 LSA). Se trata de un órgano colegiado, que se reúne periódicamente, convocado por su Presidente y actúa mediante acuerdos adoptados por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes (art. 140 LSA). El Consejo puede hacer delegación de sus facultades de forma permanente o temporal, nombrando una Comisión ejecutiva o uno o varios Consejeros Delegados, sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona (ar. 141 LSA).

Acerca de la estructura del órgano de administración de la sociedad anónima cfr., por todos, VICENT CHULIA, *Compendio*, 1/1.^o, 3.^a, 1991, 624 ss., 663 ss.; POLO, en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VI, 1992, 52 ss., 383 ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, I, 18.^a, 1995, 406 ss., 419 ss.

En los otros tipos de sociedades mercantiles, el órgano de administración puede adoptar cualquiera de las estructuras previstas en el artículo 124 RRM para la sociedad anónima. Así, por ejemplo, el artículo 57 LSRL prevé la posibilidad de un administrador único, varios administradores solidarios o mancomunados o un Consejo de administración con un mínimo de tres miembros y un máximo de doce, remitiéndose a la LSA en lo relativo a la delegación de facultades. En las sociedades colectivas, en principio, todos los socios tienen derecho a participar en la gestión social (art. 129 CCo), pero también pueden nombrarse uno o varios administradores (socios o terceros, siempre que esto último lo admita expresamente la escritura social). En las sociedades comanditarias —simple o por acciones— la administración corresponde exclusivamente a los socios colectivos (arts. 148 y 155 CCo). En las comanditarias simples la forma de organización de la administración y las facultades, derechos y deberes de los administradores se rige por las normas de la sociedad colectiva (art. 148 CCo) y en la comanditaria por acciones, por las de la sociedad anónima (art. 155 CCo).

(98) Cfr., entre otros, arts. 125 LSA; 58 ss. LSRL; 94, 138, 141, 142 RRM.

(99) Así lo señala DEL ROSAL BLASCO, en VIVES y otros, *Comentarios al CP* 1995, 1995, 1416. A favor de esta interpretación GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 46 ss. En contra, desde una perspectiva mercantilista, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/SÁNCHEZ ALVÁREZ, «Los delitos societarios: reflexiones preliminares sobre la imposición de acuerdos sociales abusivos (art. 291 del Código Penal)», *Actualidad Aranzadi*, 238, (1996), 4, para quienes la noción administradores de hecho abarca a «aquellos en los que se dé alguna irregularidad o vicio en la constitución o en

Sin embargo, a efectos penales parece preferible un entendimiento distinto y más amplio de este término. Lo relevante a efectos penales no puede ser la perfección formal de la relación interna entre el administrador y la sociedad, sino la relación material entre el sujeto y los intereses patrimoniales tutelados, su capacidad real para gestionar fraudulentamente el patrimonio social (100). En este punto, pues, el Derecho Penal debe desvincularse de las categorías mercantiles y atender –como ha puesto de relieve Terradillos (101)– a la funcionalidad de los órganos, centrándose en la actividad que realizan más que en la etiqueta que los cobija. Lo cual permite ofrecer una solución adecuada al problema del administrador de hecho, que responderá sólo si fácticamente tiene las facultades y deberes propios del cargo de administrador.

¿Cuáles son esas funciones propias del cargo de administrador que los facultan para ser sujeto activo del delito? El administrador de una sociedad –y tomaremos como modelo la sociedad anónima, que es la que la propia ley ha tomado como punto de referencia– es el órgano de gestión y representación de la misma, esto es, el órgano a través del cual la sociedad actúa tanto en la esfera interna, como en el ámbito externo, en sus relaciones frente a terceros, con autonomía frente a la Junta general, aunque respetando las competencias de ésta (102). Los administradores tienen, pues, amplísimas competencias, no sólo con facultades de disposición, sino también con poder de determinar la política empresarial. Afirma Vicent Chulia (103) que «ostentan todas las facultades del empresario individual, si bien por ejercerlas en representación de la sociedad deben hacerlo con diligencia y lealtad». En la esfera interna, los administradores se ocupan de toda la actividad de gobierno, dirección y gestión

el nombramiento del cargo que ocupan; (nombramiento defectuoso; falta, en su caso, de la necesaria publicación, etc.); los que ejerzan aparentemente el cargo no obstante la inexistencia de nombramiento o la extinción del mismo, así como aquellos otros que desempeñan esta función en términos puramente fácticos, esto es, quienes en la sombra gobiernan de hecho la sociedad sirviéndose de fiduciarios o testaferros».

(100) En el mismo sentido, FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, II, 1995, 191 ss.; MATA Y MARTÍN, *RdS*, 5 (1995), 168.

Esta es la solución por la que se opta también mayoritariamente en la doctrina italiana respecto del problema del administrador de hecho, defendiendo que si la posición fáctica del sujeto en el seno de la estructura empresarial le permite lesionar el bien jurídico protegido, la falta de una cualificación orgánica perfecta no puede determinar su exención de responsabilidad. Cfr. una amplísima exposición de la situación en Italia respecto del problema del administrador de hecho en FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, II, 1995, 180 ss.

(101) *Delitos societarios*, 1987, 57s.

(102) Cfr., VICENT CHULIA, *Compendio*, I/1.º, 3.ª, 1991, 621 ss., 628 ss.; POLO, en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VI, 1992, 39 ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones*, I, 18.ª, 1995, 405 ss.; URÍA, *Derecho mercantil*, 22.ª, 1995, 319 ss.

(103) *Compendio*, I/1.º, 3.ª, 1991, 622.

de la entidad, encaminada a la consecución de fin social. En la esfera externa ostentan el poder de representación de la sociedad, pudiendo contratar en su nombre. El ámbito de este poder de representación es muy amplio, extendiéndose a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos (104) y obligando incluso a la sociedad frente a terceros de buena fe y sin culpa grave, aunque el acto no esté comprendido en el objeto social (105). Este ámbito de representación es inderogable y cualquier limitación de ese poder tendrá eficacia exclusivamente en la esfera interna, pero no frente a terceros, quedando la sociedad vinculada en todo caso por los actos de los administradores (106).

Pues bien, todos aquellos sujetos que, en el seno de una sociedad (tal y como la define el art. 297 NCP), ostenten esas facultades autónomas de gestión y representación, que deban ejercer con diligencia y lealtad, esto es, en interés de la sociedad, pueden ser considerados aptos para ser sujetos activos del delito. Entre ellos podríamos citar, desde luego, a los miembros de la Comisión ejecutiva y a los consejeros delegados, que no plantean mayores problemas, pues son consejeros y son órganos de la sociedad, que ostentan su representación como si fueran el mismo Consejo (107) y sus actos vinculan al Consejo en pleno (108). Esto es, son administradores de derecho también desde el punto de vista del Derecho Mercantil. Más problemáticos pueden resultar los apoderamientos generales, por los que los administradores otorgan facultades de gestión y representación a sujetos que no forman parte del órgano de administración, sino que se trata de altos directivos de la sociedad (director general, gerente...), cuya relación con la sociedad no es orgánica, sino de carácter laboral (109). Ciertamente, estos sujetos no son administradores en sentido estricto y no son representantes necesarios de la sociedad, sino que tienen la consideración legal de apoderado general o factor (110), pero mate-

(104) Artículo 129.1 LSA.

(105) Artículo 129.2 LSA.

(106) Cfr. sobre el ámbito del poder de representación, por todos, VICENT CHULIA, *Compendio*, I/1.º, 3.ª, 1991, 631 ss.; SÁNCHEZ CALEO, *Instituciones*, I, 18.ª, 1995, 413.

(107) Salvo en lo que se refiere a las facultades indelegables. Estas son, conforme al artículo 141 LSA, la rendición de cuentas y la presentación de balances a la Junta general y las facultades que ésta hubiere delegado al Consejo, salvo que fuese expresamente autorizado por ella. Cfr. más ampliamente sobre el objeto de la delegación, por todos, POLO, en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA, *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VI, 1992, 478 ss.

(108) Cfr., por todos, VICENT CHULIA, *Compendio*, I/1.º, 3.ª, 1991, 670 ss.; POLO, en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VI, 1992, 465 ss.

(109) Esta relación se regula por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto (BOE 12 de agosto), relativo al personal de alta dirección.

Cfr. acerca de la figura del director general, por todos, VICENT CHULIA, *Compendio*, I/1.º, 3.ª, 1991, 676 s.; URÍA, *Derecho mercantil*, 22.ª, 1995, 332.

(110) Conforme al artículo 283 CCo.

rialmente tienen atribuidos «poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa y relativos a los objetivos generales de la misma», que ejercen «con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad» (art. 1.2, RD 1382/1985, de 1 de agosto), con amplísimas competencias de administración y representación de la sociedad, que deben ejercer con diligencia y lealtad (111), y en concreto la posibilidad de disponer de los bienes de la sociedad y de contraer obligaciones a su cargo, y de hacerlo fraudulentamente con abuso de su posición y violación de la lealtad debida, por lo que creo que deberían incluirse entre los administradores de hecho (112). En cuanto a los apoderados singulares, habrá que estar a los términos del poder y a su posición dentro del organigrama de la empresa para determinar la amplitud y extensión de sus facultades de gestión y representación, su capacidad para ejercerlas autónomamente y su deber de lealtad.

2. Obviamente, en los órganos colegiados, pese a que en el ámbito mercantil exista responsabilidad solidaria de todos los administradores frente a la sociedad, los accionistas y los acreedores por los eventuales actos lesivos, salvo para aquellos que prueben (correspondiéndoles a ellos la carga de la prueba) que no han intervenido en su adopción y ejecución, que desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo posible para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente al acuerdo (art. 133 LSA; art. 69, 1, LSRL) (113), este criterio no puede trasladarse sin más al ámbito penal. Aquí la responsabilidad sigue siendo estrictamente personal y para imponerla han de concurrir todos los criterios de imputación propios del Derecho Penal (autoría, imputación objetiva, dolo...) y habrá que tratar de determinar cuál fue la aportación real de cada uno de

(111) El artículo 2 RD 1382/1985, de 1 de agosto, establece como fundamento de esta relación laboral especial «la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodarán el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe».

(112) A favor también DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1416: «También deben tener la consideración de administradores de hecho, a efectos penales, los directores-gerentes no estatutarios a los que por acuerdo de la Junta general o a través de apoderamiento del Consejo de Administración se les faculta para actuar en nombre y por cuenta de la sociedad en operaciones de tráfico».

En contra, FARALDO CABANA, *Los delitos societarios II*, 1995, 157; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/SÁNCHEZ ALVÁREZ, *Actualidad Aranzadi*, 238, (1996), 4; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 47 ss., basándose en que no revisten la condición formal de administradores desde el punto de vista mercantil.

(113) Acerca de la responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil, cfr. ALONSO UREBA, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», *RDM*, 198 (1990), 639 ss.; VICENT CHULIA, *Compendio*, I/1.º, 3.º, 1991, 648 ss.; POLO, en URÍA/MENÉNDEZ/ OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VI, 1992, 279 ss.; NEILA NEILA, *La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, 1995, 49 ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios a la LSA*, IV, 1994, 236 ss.; *Instituciones I*, 18.º, 1995, 415 ss.; URÍA, *Derecho mercantil*, 22.º, 1995, 329 ss.

los sujetos en la adopción de la decisión, prescindiendo de los datos meramente formales (114).

La delimitación de la responsabilidad penal de cada uno de los administradores por la toma de decisiones en órganos colegiados planteará, sin duda, complicadísimos problemas a la práctica penal en cuanto a la delimitación de las posiciones de autoría, la comisión por omisión, el dolo y la imprudencia y el *iter criminis*, problemas que no pueden abordarse en este lugar (115).

3. Por otra parte, el precepto —como los otros delitos societarios— hace referencia a la sociedad constituida o en formación, lo que tiene la misma finalidad de evitar eventuales lagunas de punición (116). No obstante, el empleo del término sociedad en formación suscita algunos problemas o dudas en cuanto a su interpretación, pues en el ordenamiento mercantil tiene un significado muy preciso: el período del proceso fundacional o de constitución de la sociedad, desde la celebración del contrato hasta la inscripción en el Registro Mercantil (117). Si se adopta este concepto de sociedad en formación, sólo podría extenderse el ámbito del precepto a las actuaciones realizadas en el período constituyente, pero no a las sociedades de hecho o a las sociedades irregulares (118). Probablemente resulte preferible la interpretación extensiva —impuesta desde el punto de vista teleológico—, pero cabe de nuevo aquí criticar la técnica legislativa empleada, pues si se recurre a conceptos propios del Derecho Mercantil deberían emplearse con rigor y, de lo contrario, sería preferible haber utilizado otra terminología o incluir junto a la mención a la sociedad en formación la de la sociedad irregular.

4. En cuanto a la mención de los socios, se debe a que en algunos tipos de sociedad éstos pueden disponer de los bienes o contraer obliga-

(114) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP*, 1984, 686 ss.; MATA Y MARTÍN, *RdS*, 5 (1995), 169; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 103 s.; DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1417.

(115) Cfr., sobre el tema, por todos, SUÁREZ GONZÁLEZ, «Participación en las decisiones del Consejo de Administración de una sociedad y responsabilidad penal», *Cuadernos de Derecho judicial*, VII, 1994, 41 ss. y la bibliografía allí citada.

(116) En este sentido, LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995*, 1996, 144: «se pretende evitar la impunidad de supuestos en que no se haya regularizado la sociedad».

(117) Artículos 15 LSA y 11.3 LSRL.

(118) En contra de su consideración como «sociedades en formación», GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 44, aferrándose al concepto mercantil de sociedad en formación. A favor de la consideración de la sociedad irregular como sociedad en formación DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1417 ss., afirmando que «al fin y al cabo, y por oposición a la sociedad constituida, no deja de ser una sociedad en formación» y que el artículo 16.1 LSA avala esta interpretación. A favor de un concepto amplio de sociedad en formación también JIMÉNEZ VILLAREJO, *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 1 (1996), 20 s.; RODRÍGUEZ RAMOS, *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 1 (1996), 84.

ciones y ostentar la representación de la sociedad sin ser estrictamente administradores (119) (120). Pero la redacción del precepto es técnicamente defectuosa, pues al socio también se le exige «abuso de las funciones propias de su cargo», cuando tal cargo no existe. Probablemente la voluntad de la ley es hacer referencia a los socios con facultades de gestión y representación de la sociedad, sin tener el nombramiento de administradores, que abusen de esas facultades. Pero para ello era innecesaria la mención de los socios, pues entrarían dentro de la categoría «administradores de hecho» tal y como aquí se ha interpretado (121).

b) En cuanto a los sujetos pasivos, éste ha sido uno de los puntos de mayor discordancia entre unos Proyectos y otros, donde claramente se pone de manifiesto la desorientación del legislador en cuanto a cuál ha de ser el interés a proteger.

Si estamos ante delitos societarios, el objeto de protección deberían ser los intereses patrimoniales de la sociedad (e indirectamente de los socios, en cuanto partícipes de la misma), frente a los actos de administración desleal o fraudulenta de quienes detentan el poder de representación y las facultades de dirección y gestión de la misma. Por otra parte, si estamos ante un delito de administración desleal, la conducta típica sólo podrá realizarse frente a quien el administrador tenga ese deber de lealtad, y el deber de lealtad se tiene frente a la sociedad (y a los socios), pero en ningún caso frente a terceros (122). Incluso pueden plantearse supuestos

(119) Así, por ejemplo, en la sociedad colectiva el artículo 129 CCo establece que todos los socios tienen «la facultad de concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes», si no se hubiera encargado especialmente a alguno de los socios la administración. En la sociedad comanditaria simple, la administración y representación corresponde a los socios colectivos, quedando excluidos los comanditarios (art. 148 CCo). En la sociedad civil, la administración de la sociedad corresponde a todos los socios, salvo pacto que establezca quienes han de desempeñarla, en virtud del artículo 1695 CC.

(120) Otra posible interpretación de esta mención sería que el legislador quiere hacer referencia a cualquier socio, en su mera calidad tal, con capacidad para intervenir en la adopción de acuerdos abusivos (por ejemplo, en la Junta general de accionistas). Pero si esto fuera así, no tiene sentido alguno la mención —extensiva al socio— del abuso del cargo y, por otra parte, se plantearían complicadísimos problemas de delimitación de este tipo con los artículos 291 y 292 NCP, previstos precisamente para estos supuestos de adopción de acuerdos abusivos en que intervienen los socios en su calidad de tales. Por ello, creo que la única interpretación coherente con la configuración del tipo del artículo 295 con un delito de administración infiel o desleal es entender que la referencia al socio como sujeto activo ha de serlo en cuanto el socio desempeña funciones de administración en el seno de la sociedad.

(121) En contra, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 46 s.

(122) Así lo pone también de relieve MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *PJ*, 28 (1992), 193; *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 1, 1996, 62; en VV. AA., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales* (editado por el diario *Expansión*), 1996, 381. En el mismo sentido, MARTÍNEZ PÉREZ, *EPCrim XVII*, 1994, 330; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, II, 1995, 633.

en que los intereses de terceros y de la sociedad entren en conflicto (123), en cuyo caso es evidente que el deber primordial del administrador le vincula a la sociedad y no a los terceros.

Sin embargo, la presencia de otros intereses dignos de protección (fundamentalmente en el ámbito bancario) ha movido al legislador a incluirlos en el ámbito de este precepto (que abarca a los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de bienes), con una finalidad loable, pero articulada de forma más que deficiente desde el punto de vista de técnica legislativa (124).

Además, y de forma sorprendente, al legislador se le ha «olvidado» en esa larguísima enumeración la mención de la sociedad, cuyo patrimonio debería constituir el objeto central de protección. Dicho «olvido» podría llevarnos al absurdo de considerar que los actos fraudulentos que disminuyen el patrimonio social no perjudican «directamente» (como exige el tipo) al patrimonio de los socios, sino sólo indirectamente (en cuanto titulares del derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación) (125), por lo que resultarían atípicos. Aunque parece que tal interpretación no responde a la voluntad de la ley y que resultaría preferible —desde consideraciones teleológicas y valorativas— entender que con la mención a los socios se hace en cuanto titulares del patrimonio social, por lo que el tipo abarca también el perjuicio a éste, como objeto directo de protección.

La doctrina ha señalado también una cierta arbitrariedad en la selección de los perjudicados (126) y la persistencia de lagunas, incluso dentro del ámbito societario. Así, por ejemplo, Martínez Pérez (127) —en relación con el Proyecto de 1992— señala que el precepto no permite considerar perjudicados a los asegurados, tomadores o beneficiarios en los supuestos de sociedades de seguros, ya que los mismos ni siquiera encajan en la cláusula genérica «titulares de bienes, valores o capital», una laguna que puede seguirse señalando en el texto del 295 NCP (128).

c) La conducta típica consiste en «disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad» o «contraer obligaciones a su cargo», todo ello con «abuso de las funciones propias del cargo» por parte del sujeto activo.

(123) Cfr. MARTÍNEZ PÉREZ, *EPCrim XVII*, 1994, 330.

(124) Cfr. la crítica que en el mismo sentido realizaba MARTÍNEZ PÉREZ, *EPCrim XVII*, 1994, 329 ss., respecto del Proyecto de 1994, hablando de una «mixtura inadecuada de intereses, en la medida en que en determinados casos existirán en la práctica intereses contrapuestos» (p. 330).

(125) Así, RODRÍGUEZ RAMOS, *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 1, 1996, 91.

(126) MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, en VV. AA., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales* (editado por el diario *Expansión*), 1996, 382; *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 1, 1996, 62.

(127) *EPCrim XVII*, 1994, 328.

(128) Así, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 94 ss.

La descripción de la conducta típica se inspira directamente en el § 266 StGB alemán (129) [en la modalidad típica de abuso, prescindiendo de la consagración de un tipo de deslealtad (130), cuya amplia formulación ha llevado a la doctrina alemana a plantearse la constitucionalidad de esta variante] (131) y en el artículo 153 del Código Penal austriaco (132), si bien en ambos la figura de la *Untreue* tiene carácter de delito patrimonial general y no exclusivamente societario (133).

Tal y como el tipo se viene interpretando en la doctrina alemana —importante pauta a tener en cuenta—, la esencia de la *Untreue* es la lesión dolosa de intereses patrimoniales ajenos que el autor tiene confiados, mediante el abuso de las facultades de disposición o representación o la

(129) El tenor literal del § 266 StGB es el siguiente:

1. «Quien abuse de la facultad otorgada por ley, mandato de autoridad o negocio jurídico, de disponer de patrimonio ajeno o de obligar a otro, o infrinja el deber de velar por intereses patrimoniales ajenos, impuesto por ley, mandato de la Autoridad, negocio jurídico o relación de confianza, y, de este modo, cause un perjuicio a aquel cuyos intereses patrimoniales le estaban confiados, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.»

2. «En casos especialmente graves, la pena será de privación de libertad entre uno y diez años.»

(130) El § 266 StGB contempla dos modalidades típicas: el tipo de abuso (*Mißbrauchtatbestand*) y el tipo de deslealtad (*Treubruchtatbestand*). El primero de ellos protege el patrimonio ajeno frente a abusos de las facultades de disposición o de obligar a otro en la esfera externa, eficaces frente a terceros y jurídicamente válidos, pero que violan deberes existentes en la esfera interna. La otra modalidad típica es mucho más amplia, pues consiste en la violación del deber custodiar o velar por los intereses patrimoniales ajenos que se tienen confiados y afecta, por tanto, sólo a la esfera interna. Cfr., por todos, SAMSON, *SK BT*, 5.^a, 1987, § 266, núm. 2; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 24.^a, 1991, § 266, núm. 2.

(131) Así, LABSCH, *Untreue*, 1983, 189 ss.; JESCHECK, *Lehrbuch*, 4.^a, 1988, 116; JAKOBS, *AT*, 2.^a, 1991, 4/30; OTTO, *BT*, 4.^a, 1995, 257.

(132) Este precepto castiga con pena privativa de libertad de hasta seis meses o multa a «quien abuse conscientemente de la facultad limitada, otorgada por ley, mandato de autoridad o negocio jurídico, de disponer del patrimonio ajeno o de obligar a otro, causándole un perjuicio patrimonial».

(133) En el Derecho Penal alemán no existe un delito societario de administración desleal, sino un tipo genérico de infidelidad patrimonial o gestión desleal (*Untreue*), previsto en el § 266 del StGB. Los antiguos tipos de administración social desleal, contenidos en la regulación mercantil, fueron derogados por ley de 25 de junio de 1969.

Sí existen otros delitos societarios tipificados en las leyes de sociedades por acciones (*Aktiengesetz*, de 6 de septiembre de 1965, arts. 399 ss.), la ley de sociedades de responsabilidad limitada (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, reformada por Ley de 4 de julio de 1980, arts. 82 ss.) y en el Código de Comercio (§§ 331 ss.), que castigan —entre otras conductas— la falsas informaciones sociales y la infracción de la obligación de guardar secreto. Cfr., más ampliamente, acerca de la regulación alemana de otros delitos societarios PESCE, *Responsabilità penale del consiglio di amministrazione nella società commerciali in Europa*, 1991, 93 ss.; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, I, 1995, 84 ss. y la bibliografía allí citada.

lesión del deber de lealtad en el cuidado de esos intereses patrimoniales. Por lo que se refiere al «tipo del abuso», la doctrina suele estar de acuerdo en que el tipo consiste en el abuso de una facultad limitada (concedida por ley, mandato de autoridad o negocio jurídico) de disponer del patrimonio ajeno o de obligar a otro. El negocio causal que otorga esa facultad debe ser jurídicamente válido en la relación interna y conferir al autor un poder de representación limitado y también jurídicamente válido en la esfera externa. De forma que esta modalidad típica protege al titular del patrimonio frente a aquellas actuaciones del representante o gestor del mismo, que son jurídicamente válidas y eficaces en la esfera externa (en la relación de éste con terceros), pero que sobrepasan los límites establecidos en la esfera interna (en la relación del autor con el titular del patrimonio). El ámbito de aplicación del tipo se circunscribe, por tanto, a los supuestos en que los límites del poder jurídico que se otorga en la relación externa, superan los del deber jurídico en la esfera interna, y el abuso consiste en hacer uso de ese poder jurídico lesionando el deber jurídico (134).

Aplicando esa pauta a nuestra regulación, la conducta típica consistirá en el abuso de una facultad limitada de disponer del patrimonio social o de contraer obligaciones a su cargo, de forma jurídicamente válida y eficaz en la esfera externa (frente a terceros), en el ejercicio de las facultades de representación que ostenta el administrador, pero que viola deberes existentes en la esfera interna (en la relación del autor con el titular del patrimonio).

Esto es, el administrador o socio, al disponer de los bienes o contraer obligaciones en el ejercicio de sus facultades de administración y representación, infringe los deberes de fidelidad o lealtad que le incumben en relación con el titular del patrimonio administrado, básicamente el deber de diligencia en el desempeño del cargo –bajo el patrón de un ordenado empresario– y el deber de lealtad o fidelidad en la representación, que le obliga a cuidar del negocio ajeno como si fuera propio, anteponiendo los intereses sociales a los propios (135). Creo que la exigencia de «abuso de las funciones propias del cargo» es reconducible a esta infracción del

(134) La doctrina alemana suele destacar la relación triangular que se produce en este tipo, insistiendo en la diferenciación entre la actuación del autor en la esfera externa (para la que está facultado) y en la esfera interna (que es donde se produce el abuso), entre el *rechlichen Können* y el *rechlichen Dürfen*. Cfr., por todos, ARTZ, *Bruns-Fs*, 1978, 365 ss.; HÜBNER, *LK*, 10.^a, 1979, § 266, núm. 70; BOCKELMANN, *BT/1*, 2.^a, 1982, 138; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 24.^a, 1991, § 266, núm. 17; HAFT, *BT*, 5.^a, 1995, 228; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *BT/1*, 8.^a, 1995, 527, núm. 19; OTTO, *BT*, 5.^a, 1995, 256; WESSELS, *BT/2*, 18.^a, 1995, 179 s., núm. 703.

(135) Cfr. el artículo 127.1 de la LSA, que establece un deber general de diligencia de los administradores en el ejercicio de las competencias propias de su cargo: «Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal», deber de diligencia que es uno de los presupuestos de su responsabilidad (art. 133 LSA). También la nueva LSRL, Ley 2/1995, de 23 de

deber de diligencia y lealtad en el cuidado del patrimonio ajeno, dentro de la esfera de sus facultades y en ejercicio de las mismas (136), lo que constituye el desvalor de acción característico del delito y le dota de contornos propios frente a la apropiación indebida.

La limitación de la conducta típica a «disponer» y «contraer obligaciones» representa una importante limitación del ámbito de lo punible, frente a la amplísima e insegura fórmula del Proyecto de 1994 (cualquier abuso de confianza), pero al ganar en seguridad jurídica, prescindiendo de fórmulas amplias y limitando las modalidades de acción, podrían plan-

marzo, en su artículo 61.1 exige a los administradores que desempeñen su cargo «con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal». En el artículo 65 se establece una prohibición de competencia para los administradores, que «no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo o análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad, mediante acuerdo de la Junta general». Y en el artículo 10 se establece una prohibición de concesión de créditos y prestación de garantías y asistencia financiera, así como de anticipación de fondos, a los socios y administradores, salvo acuerdo de la Junta General. En cuanto a la exigencia de responsabilidad, el artículo 69 se remite a lo establecido en la LSA.

Acerca de los deberes inherentes al ejercicio del cargo de administrador en la sociedad anónima, cfr., por todos, ALONSO UREBA, *RDM*, 198 (1990), 666 ss.; POLO, en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VI, 1992, 129 ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios LSA*, IV, 1994, 101 ss. Estos autores ponen de relieve que la LSA se limita a establecer una pauta general de comportamiento, de carácter abstracto (siguiendo el modelo alemán del «ordenado y minucioso director del negocio», exigiendo, por tanto, una diligencia típica cualificada respecto de la del buen padre de familia), que gira en torno al doble patrón del «ordenado empresario» y «representante leal». La concreción de esa formulación general ha de hacerse teniendo en cuenta el supuesto específico (esto es, el tipo de negocio o actuación de que se trate), el objeto social o tipo de actividad que desarrolle la sociedad, la posición del administrador dentro del órgano y toda una serie de circunstancias objetivas del caso. El deber de diligencia del ordenado empresario le exige al administrador desempeñar su función con profesionalidad, esto es, con la atención, prudencia, dedicación y competencia que cabría esperar de la profesionalidad de un empresario en el sector de actividad en el que se desenvuelve la sociedad. En este punto, ALONSO UREBA, *RDM*, 198 (1990), 669 ss., señala que «no se exigen, por tanto, resultados concretos, sino diligencia respecto de los medios empleados». La diligencia propia del representante leal implica la obligación de actuar conforme al interés social, anteponiendo éste al propio en caso de conflicto de intereses.

Estas pautas establecidas por el Derecho Mercantil son esenciales en la concreción de los deberes inherentes al cargo y han de constituir la pauta interpretativa básica en la determinación de si existió o no infracción del deber y abuso del cargo.

(136) Parece reconducir también el abuso de funciones a la infracción de los deberes de fidelidad y lealtad, DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1142 s. También JIMÉNEZ VILLAREJO, *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 1, 1996, 25, reconduce el abuso de funciones a «la manifiesta infracción... de los deberes que fijan sus facultades y delimitan el ámbito de sus competencias».

tearse lagunas de punición (137) (formas comisivas que no consistan en disponer o contraer obligaciones, sino en otro tipo de ejercicio desleal del poder de representación, por ejemplo, el no ejercitar acciones de lo que se deriva la pérdida de derechos económicos para la sociedad).

d) El tipo se configura como un delito de lesión y de resultado, cuya consumación exige la producción de un perjuicio económicamente evaluable económicamente (138).

e) En cuanto al tipo subjetivo, se exige dolo y un elemento subjetivo del injusto: que se actúe «en beneficio propio o de un tercero», una exigencia que creo innecesaria y perturbadora, pues crea problemas de prueba (139). En mi opinión, las restricciones del ámbito de lo punible deberían hacerse en la delimitación del sujeto activo y de la conducta típica.

Las exigencias de que la disposición sea «fraudulenta», del abuso del cargo y del adicional elemento subjetivo parecen estar orientadas a la exclusión del dolo eventual (140), efectuándose así una nueva restricción del ámbito de lo punible.

f) El sistema de sanciones propuesto sigue basándose en la privación de libertad y la multa, olvidando la posibilidad de aplicar una pena de enorme eficacia en estos casos, que es la inhabilitación para el ejercicio de la actividad profesional en el marco de la cual se cometió el delito, una pena que sí aparecía en el Anteproyecto y Proyecto de 1992.

Ciertamente, en virtud del artículo 56 NCP, la pena de prisión establecida en el tipo lleva aparejada la pena accesoria de inhabilitación especial para la «profesión, oficio, industria o comercio..., si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación», pero en mi opinión hubiera sido preferible establecerla como pena principal del delito, y no como

(137) Así lo señala BACIGALUPO, Madrid, 1994, *Symposium*, 205, respecto del CP austriaco.

(138) Así lo destacan también MATA Y MARTÍN, *RdS*, 5 (1995), 175 s.; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, en VV. AA., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales* (editado por el diario *Expansión*), 1996, 382; RODRÍGUEZ RAMOS, *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 1, 1996, 91, entendiéndolos todos ellos el perjuicio como efectivo menoscabo económico. De otra opinión, JIMÉNEZ VILLAREJO, *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 1, 1996, 25 ss., al no exigir menoscabo patrimonial inmediato, sino que «a efectos de activos patrimoniales el perjuicio puede alcanzar derechos o valores, siempre que tengan una traducción económica».

(139) En el mismo sentido, TERRADILLOS, *Delitos societarios*, 1987, 94. También plantea esta posibilidad GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 95.

(140) Cfr. DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1444. De otra opinión parece ser RODRÍGUEZ RAMOS, *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 1, 1996, 92, pues exige para el dolo que el sujeto conozca «que su comportamiento entraña segura o probablemente un perjuicio económico», con lo que parece inclinarse por la admisión del dolo eventual.

accesoria, entre otras cosas, porque la pena de prisión se prevé como alternativa a la de multa, de forma que si se impusiera la multa ya no podría imponerse la inhabilitación especial.

Por lo demás, ha de tenerse en cuenta que de las normas mercantiles se desprende la prohibición legal de nombrar como administrador, entre otros, «a los que hubieran sido condenados por graves incumplimientos de leyes o disposiciones sociales» (arts. 124 LSA y 50 LSRL), entre los que la doctrina mercantil entiende que sin duda se encuentran las conductas que dan lugar a la condena por un delito societario, por lo que ésta implicaría la inhabilitación para el ejercicio del cargo de administrador (141).

g) Por lo que se refiere al problema concursal, como ya se expuso anteriormente, resultará difícil que se plantee con el delito de estafa, dada la mecánica comisiva de éste, ya que quien dispone fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contrae obligaciones es el propio administrador desleal en nombre de la sociedad, coincidiendo, por tanto, sujeto activo y pasivo del eventual engaño.

Respecto de su delimitación con el delito de apropiación indebida, la cuestión es más complicada. En principio, el nuevo tipo debería venir a colmar el vacío punitivo que hemos puesto de relieve al analizar la apropiación indebida, esto es, casos en los que no existe apropiación definitiva (o no puede probarse) y casos en que el administrador —o los socios—, dentro del ámbito de sus competencias propias, realizan un ejercicio abusivo o desleal de las mismas. En estos casos no existe problema concursal alguno. Ahora bien, no podemos pasar por el alto el paralelismo existente entre ambos delitos, tal y como han quedado definitivamente configurados, por lo que no serán infrecuentes los supuestos en que exista una auténtica apropiación indebida cometida en el ámbito societario. ¿Cómo debe actuarse en estos casos?

En contra de la opinión de un cierto sector doctrinal (142), según el cual este precepto es ley especial frente a la apropiación indebida del artículo 252 (pese a reconocer que ello supone un defecto notable del CP, ya que esta solución privilegia absurdamente la comisión de apropiaciones indebidas en el ámbito societario, pues la pena del 252 es de prisión de seis meses a cuatro años, pudiendo agravarse a prisión de uno a seis años y multa, y la del 295 de prisión de seis meses a cuatro años —como el tipo básico de apropiación indebida— o multa), creo que tal solución es inaceptable desde el punto de vista político-criminal y que debe buscarse otra más satisfactoria. Esta sería, en mi opinión, bien optar por el concurso de leyes, entendiendo que el artículo 295 se encuentra en relación de subsi-

(141) Así, POLO, en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VI, 1992, 90; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 107.

(142) Cfr., LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995*, 1996, 147; DEL ROSAL BLASCO, en VIVES y otros, *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1443.

diariedad tácita con los tipos de apropiación indebida y estafa, caso de darse los presupuestos de éstos (143), o bien –lo que probablemente sea más correcto–, optar por el concurso de delitos (ideal o real, según los casos), siempre que además del delito societario concurren los presupuestos de la estafa o la apropiación indebida (144). Esta solución permitirá agravar la pena en los supuestos cometidos en el ámbito societario, cuyo desvalor es objetivamente mayor por la pluralidad de intereses en juego y la posible afectación –mediata– del orden socioeconómico, ante la importancia de las sociedades en la vida económica actual.

(143) Solución por la que parecían inclinarse expresamente tanto el Proyecto de 1980: «salvo que el hecho constituyere delito más grave» (art. 368), como el Anteproyecto de 1983 (art. 297): «salvo que el hecho fuere punible de acuerdo con el art 247» (apropiación indebida).

(144) La posibilidad de concurso de delitos entre la apropiación indebida y la *Untreue* es ampliamente admitida por la doctrina y la Jurisprudencia alemana, siempre que el ánimo de apropiación surja después de tener la cosa bajo custodia. Si es previo, se considera la apropiación indebida un acto posterior copenado. Pero téngase en cuenta que la *Untreue* alemana es un delito patrimonial común, y no societario. Cfr. al respecto, SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 24.^a, 1991, § 266, núm. 55; DREHER/TRÖNDLE, *StGB* 47.^a, 1995, § 266, núm. 28 s.; HAFT, *BT*, 5.^a, 1995, 234; WESSELS, *BT/2*, 18.^a, 1995, 186 (núm. 733). Especial consideración merece la exposición de LABSCH, *Untreue*, 1983, 229 ss., para quien el fundamento del concurso de delitos se basa en un correcto entendimiento del tipo, cuyo elemento configurador básico es la ruptura de la lealtad, lo que permite diferenciarlo de los restantes delitos patrimoniales y afirmar su concurrencia con ellos cuando, además de esa deslealtad, se realiza el comportamiento típico de la estafa o la apropiación indebida.

A favor de esta solución en nuestro Derecho –aunque desde un planteamiento de *lege ferenda*– también MARTÍNEZ PÉREZ, *EPCrim XVII*, 1994, 317; Faraldo Cabana, *Los delitos societarios*, I, 1995, 325.

El juicio de adecuación de la conducta

*Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva
y sobre la tentativa*

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO

Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: A) Teoría de la imputación objetiva. Cuestiones metodológicas. B) Excurso: ¿Imputación del suceso al sujeto o imputación del comportamiento al tipo?—II. CREACIÓN DE UN PELIGRO TÍPICAMENTE RELEVANTE: A) Creación de un peligro. Peligrosidad de la conducta. B) El juicio de adecuación. C) Sobre lo objetivo y lo subjetivo en la imputación objetiva: ¿Distinto grado de adecuación en delitos dolosos e imprudentes? D) Sobre lo objetivo y lo subjetivo en la imputación objetiva (y 2): Los conocimientos especiales del agente.—III. TENTATIVA. FUNDAMENTO DE PUNICIÓN Y TENTATIVA INIDÓNEA: A) Fundamento de punición de la tentativa: 1. Exposición doctrinal, *a)* Teoría de la falta de tipo, *b)* Teoría del peligro abstracto: inidoneidad relativa y absoluta, *c)* Teoría del peligro concreto; 2. Consideraciones críticas; 3. Posición personal y nuevo Código Penal.

I. INTRODUCCIÓN

A) Teoría de la imputación objetiva. Consideraciones metodológicas

En una primera aproximación, puede afirmarse que para que un resultado sea objetivamente imputable a una conducta, es necesario, además de una relación causal científico-naturalmente constatable, que dicha con-